



7 . 4 . 196

TRAITÉ

DE

DROIT ROMAIN.

TYPOGRAPHIE DE FIRMIN DIDOT FRÈRES,
RUE JACOB, N° 56

TRAITÉ

DE

DROIT ROMAIN,

PAR M. F. C. DE SAVIGNY,

MEMBRE DE L'INSTITUT DE FRANCE;

TRADUIT DE L'ALLEMAND

PAR M. CH. GUENOUX,

DOCTEUR EN DROIT.

Tome Premier.

PARIS,

FIRMIN DIDOT FRÈRES, LIBRAIRES,

IMPRIMEURS DE L'INSTITUT,

RUE JACOB, 56.

1840.

TABLE SOMMAIRE DU TRAITÉ.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.

LIVRE I.

SOURCES DU DROIT ROMAIN ACTUEL.

CHAPITRE I.

OBJET DE CET OUVRAGE.

CHAPITRE II.

DE LA NATURE DES SOURCES DU DROIT EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE III.

SOURCES DU DROIT ROMAIN ACTUEL.

Pages.

CHAPITRE IV.

INTERPRÉTATION DES LOIS.

LIVRE II.

RAPPORTS DE DROIT.

CHAPITRE I.

DÉFINITION DES RAPPORTS DE DROIT, ET DE LEURS DIFFÉRENTES ESPÈCES.

APPENDICE.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

PRÉFACE.

Quand une science comme celle du droit repose sur les efforts non interrompus de plusieurs siècles, la génération actuelle, dont nous faisons partie, se trouve en possession d'un riche héritage. Indépendamment des vérités acquises, toutes les tentatives de l'esprit scientifique, bien ou mal dirigé, sont là pour nous montrer la route qu'il faut suivre ou celle qu'il faut éviter, et nous permettent en quelque sorte d'ajouter ainsi à nos forces les forces des siècles passés. Renoncer, par présomption ou par paresse, aux avantages de notre position, ou nous contenter de jeter un regard superficiel sur les travaux de nos devanciers, en abandonnant au hasard la part d'influence qu'ils doivent exercer sur notre développement, ce serait répudier l'hé-

ritage le plus précieux de la science, la communauté des convictions scientifiques, et cette continuité vivante de progrès, sans laquelle la communauté des convictions pourrait dégénérer en une lettre morte. Aussi est-il à désirer que de loin en loin on concentre sous un seul point de vue les tentatives et les résultats isolés de la science. En effet, de graves dissidences séparent souvent les dépositaires de la science existant à une même époque, et les dissidences sont encore plus prononcées si l'on compare deux époques différentes. Il s'agit bien moins alors d'adopter ou de rejeter certaines doctrines que de résoudre les oppositions au sein d'une unité supérieure, et telle est la seule voie où la science marche avec sûreté. Respecter tout ce que nos devanciers ont fait de grand est la disposition la plus favorable à cette œuvre de concentration; mais, de peur que le respect ne nous mène à des idées exclusives et n'offusque la liberté de nos jugements, nous devons constamment tourner nos regards vers le dernier but de la science. Rapprochée de ce but, la production de l'homme la plus achevée nous révèle son imperfection.

Si la sagesse des siècles a travaillé pour

nous à enrichir la science, la possession même de ces trésors nous expose à de grands dangers. Dans la masse des idées, des règles et des expressions techniques que nos devanciers nous transmettent, un fonds considérable d'erreurs, nécessairement mêlé aux vérités acquises, soutenu par l'autorité traditionnelle d'une ancienne possession, peut aisément usurper une autorité injuste. Aussi est-il à désirer que de loin en loin on soumette cette masse d'idées à un nouvel examen, qu'on remette leur vérité en question et que l'on interroge leur origine. Dans ce but, nous devons nous supposer en présence d'un individu qui ignore les traditions de la science, suspecte ou méconnaît leur légitimité. La liberté d'esprit, l'indépendance de toute autorité, sont les dispositions les plus favorables à cet examen critique : mais pour que l'indépendance ne dégénère pas en présomption, nous devons mesurer notre propre faiblesse, et puiser dans la conscience de ce sentiment l'humilité salutaire qui seule peut féconder l'esprit d'indépendance.

Ainsi, ces deux points de vue opposés nous ramènent à la reconnaissance d'un seul et même besoin pour la science, la révision

périodique des travaux de nos devanciers, la critique des erreurs, la confirmation des vérités et une prise de possession nouvelle, qui dans la mesure de nos forces, nous fasse faire un pas vers le but définitif. Soumettre l'époque actuelle à l'application de ces procédés, tel est le but de mon ouvrage.

Mais, peut-être, les événements qui se sont passés de nos jours dans le domaine de la science, élèveront contre mon entreprise une prévention dont je dois parler tout d'abord. Au nom seul de l'auteur, plusieurs seront tentés de révoquer en doute la généralité du but assigné à l'ouvrage ; ils le croiront entrepris moins dans l'intérêt pur de la science, que dans les vues exclusives de l'école historique, et dicté par un esprit de parti contre lequel doit se mettre en garde quiconque n'appartient pas à cette école.

L'action combinée de plusieurs facultés différentes est indispensable au succès de la science. Pour désigner une de ces facultés et la direction scientifique à laquelle elle répond principalement, le mot école historique a été employé par moi et par d'autres, sans aucune arrière-pensée. En appelant l'attention vers une des faces de la science, nous ne

voulions en méconnaître ou en déprécier aucune; mais l'élément historique, ayant été surtout négligé, demandait à être réhabilité et rétabli dans ses droits. A ce nom d'école historique se rattache une polémique longue et animée, qui, dans les derniers temps encore, n'a pas été sans aigreur. Ici, la nature des attaques rend la défense inutile et en quelque sorte impossible; car le débat, mettant plus en jeu les répugnances personnelles que la science, les adversaires de l'école historique ont compris et condamné sous ce nom toute production littéraire qui éveillait leur susceptibilité ou contrariait leurs goûts. Quelle justification opposer à ce système de critique? Il est néanmoins un reproche qui, à cause de sa généralité, mérite réfutation. On a prétendu que les partisans de l'école historique, méconnaissant l'esprit de leur siècle, voulaient l'asservir au passé, et surtout fonder la tyrannie du droit romain au détriment du droit germanique et des institutions nouvelles que la théorie et la pratique ont substituées aux institutions romaines. Ce reproche a un caractère scientifique, et je ne saurais le passer sous silence.

Prétendre, comme on l'a fait souvent, que la science, envisagée sous le point de vue historique, pose la forme antique du droit comme type absolu et immuable pour le présent et pour l'avenir, c'est défigurer entièrement ce point de vue. Considéré sous son véritable jour, il nous apprend, au contraire, à reconnaître le mérite et l'indépendance de chaque siècle; surtout il cherche à mettre en lumière le lien vivant qui rattache le présent au passé; car si ce lien nous échappe, nous pouvons bien saisir les manifestations extérieures du droit, mais non en pénétrer l'esprit. Dans son application particulière au droit romain, cette doctrine ne lui reconnaît pas, comme souvent on se l'imagine, une autorité sans limites; mais elle étudie l'ensemble du droit moderne, afin de découvrir et de fixer tout ce qui a une origine romaine certaine, de peur que nous n'en soyons dominés à notre insu; puis elle décompose l'élément romain, et si quelques-unes de ces parties mortes en réalité ne conservent que l'apparence de la vie, elle élimine cette superfétation, afin d'ouvrir un champ plus libre au développement et à l'action salutaire de l'élément vivant. Le présent ouvrage, loin

d'exagérer l'autorité du droit romain, en repoussera l'application à beaucoup de matières, application jusqu'ici généralement admise, même par les adversaires de l'école historique. Et l'auteur n'a rien à rétracter, car ces principes sont ceux qu'il professe publiquement depuis quarante années, preuve évidente que le reproche adressé à l'école historique est dépourvu de fondement, surtout en ce qui le touche.

Peut-être ces considérations détermineront les esprits non prévenus à finir ces querelles de partis et à abandonner peu à peu les noms qui les désignent. D'ailleurs, les motifs qui ont fait employer le mot d'école historique ne subsistent plus aujourd'hui, et le but qu'on se proposait semble à peu près atteint. Sans doute, une polémique de ce genre, mettant en présence certains principes, les dessine plus nettement; mais cet avantage serait acheté trop cher s'il nous empêchait d'apprécier avec impartialité les travaux de nos contemporains, et s'il usait en querelles de partis des forces qui seraient mieux employées dans le but commun de la science. Je n'ignore pas que les controverses sont une des conditions vitales de la science, et je suis loin d'en nier

l'utilité. La nature individuelle des esprits et la variété de leurs directions créeront toujours assez de différences; l'action simultanée de tant de forces diverses constitue la vie de la science, et ceux à qui elles sont tombées en partage, devraient se considérer comme des ouvriers travaillant tous au même édifice. Mais si nous nous partageons en deux camps ennemis, si nous répétons sans cesse des dénominations qui rendent la lutte toute personnelle, nous faussons la vérité de notre nature, et nous arrivons à des résultats déplorables. L'esprit et les œuvres de chacun perdent à nos yeux leurs traits individuels; nous les approuvons ou les condamnons en masse, comme membres d'un parti, et l'action qu'ils auraient exercée sur notre développement se trouve arrêtée à notre grand préjudice.

Si je repousse ici le reproche de faire au droit romain une part trop large d'autorité, je ne pose pas moins en principe, que la connaissance approfondie de ce droit est pour l'étude du droit actuel de la plus haute importance, je dirai même une nécessité; et le seul fait d'avoir entrepris un travail aussi vaste, exprime déjà cette conviction. Il s'a-

git seulement de s'entendre sur ses motifs et sur sa portée.

La connaissance du droit romain a été souvent appréciée de la manière suivante. Dans les pays où ce droit est en vigueur, son étude approfondie est indispensable au jurisconsulte ; mais dans les pays régis par des codes modernes, cette nécessité disparaît, et l'état du droit est beaucoup plus prospère, car le jurisconsulte peut réserver son temps et ses forces pour des matières d'un intérêt vivant. S'il en était ainsi, la connaissance du droit romain, dans les pays même où il règne, aurait une valeur très-précaire, puisque le législateur pourrait toujours fonder un état du droit plus prospère, en adoptant un des codes modernes ou en en faisant un nouveau. — D'autres comprennent autrement le mérite du droit romain. Ils pensent que ses principes peuvent se résumer en axiomes pratiques, isolés, et que mis en parallèle avec les axiomes pratiques du même genre, formulés au moyen âge ou dans les temps modernes, chacune de ces comparaisons matérielles nous montre sa supériorité. On verra bien, en lisant cet ouvrage, que je n'entends pas ainsi le mérite du droit romain. D'ailleurs, sauf un

très-petit nombre de cas exceptionnels, ce parallélisme d'axiomes pratiques n'atteindrait nullement la profondeur du sujet, et un livre exécuté sous ce point de vue comparatif nous rappellerait la question que font les enfants quand on leur raconte des histoires de guerre, qui sont les bons? qui sont les méchants?

En prenant le droit pour objet, l'activité humaine est susceptible de deux directions différentes. Elle peut s'occuper de l'ensemble du système scientifique, ce qui embrasse la science, les traités, l'enseignement, ou faire l'application particulière des règles aux événements de la vie réelle; la distinction de ces deux éléments, l'un théorique, l'autre pratique, est donc fondée sur la nature même du droit. Le développement de la civilisation moderne a séparé ces deux directions, et assigné l'une ou l'autre à certaines classes de la société : ainsi, tous ceux qui s'occupent du droit, à quelques exceptions près, font de la théorie ou de la pratique leur vocation spéciale, sinon leur vocation exclusive. Ce fait, considéré en lui-même, n'est ni à louer ni à blâmer, car il résulte du cours naturel des choses, non d'une volonté arbitraire. Mais

cette division, bonne et légitime dans son principe, pourrait dégénérer en isolement funeste, et c'est ce qu'il importe de distinguer nettement. La division est bonne, si chacun ne perd point de vue l'unité primitive, si le théoricien conserve et cultive l'intelligence de la pratique, le praticien l'intelligence de la théorie. Là où cette harmonie est détruite, là où la séparation de la théorie et de la pratique est une séparation absolue, la théorie court grand risque de devenir un vain exercice pour l'esprit, la pratique, un métier purement mécanique.

Quand je dis que le théoricien doit cultiver l'élément pratique, j'entends l'intelligence de cet élément, non son application réelle, quoique une application bien dirigée de la pratique soit souvent la voie la plus sûre pour en comprendre l'esprit. Ceux que la science passionne le plus trouvent parfois dans l'étude d'une espèce le meilleur des enseignements, et parviennent à une vivacité d'intuition que les livres et leurs propres réflexions n'avaient pu leur donner. Ce genre d'instruction, fourni par le hasard, nous pouvons le rechercher volontairement et l'appliquer à toutes les matières du droit. Le

théoricien parfait serait celui qui aurait pour vivifier sa théorie une expérience complète de la vie réelle, et qui embrasserait d'un coup d'œil toutes les combinaisons de rapports entre les mœurs, la religion, la politique et l'économie politique. Ai-je besoin de dire que je n'exige nullement la réunion de tant de qualités? Celui qui, pour juger les autres, prendrait ce type de perfection, devrait d'abord reconnaître combien peu il lui est applicable. Néanmoins, ce type doit rester présent à nos regards comme but final de l'humanité, comme guide de nos efforts et comme préservatif contre ces illusions dont notre amour-propre a tant de peine à se défendre.

Si maintenant nous comparons la théorie actuelle du droit à ce qu'elle était il y a un siècle, et même un demi-siècle, le bien et le mal s'y trouvent fort mélangés. Sans doute, nul ne méconnaîtra qu'on n'avait alors aucune idée des résultats qui depuis ont été obtenus ou sont devenus possibles, et que la masse des connaissances acquises s'est singulièrement accrue. Mais si l'on considère cette intelligence de la pratique, qui doit vivifier la science des théoriciens, la comparaison ne

sera pas à notre avantage. Cette infériorité vient de la direction même donnée aux travaux théoriques. Rien de plus louable, sans doute, que de vouloir enrichir la science par des découvertes nouvelles; mais ce sentiment a pris de nos jours une tendance exclusive et fâcheuse. Ainsi, l'importance exagérée donnée aux points de vue nouveaux, fait négliger l'esprit d'organisation, qui se complaît à mettre sous leur jour véritable les anciens matériaux, bien que cette mise en œuvre, sérieusement entreprise, ait aussi son originalité, et soit pour la science l'instrument de progrès moins brillants, mais non moins réels. Comme un large développement de la force créatrice est le partage du petit nombre, cet amour exclusif de nouveauté a conduit plus d'un auteur à se renfermer dans un cercle étroit d'idées et de doctrines, et cette préoccupation les empêche de saisir la science dans son ensemble. En cela, nos devanciers nous étaient bien supérieurs, car les hommes capables de représenter l'esprit général de la science étaient beaucoup moins rares de leur temps que du nôtre. Mais si l'on envisage la chose de plus haut, on se convaincra aisément que ce phénomène n'a rien de particulier au

droit, qu'il se retrouve dans toutes les sciences et tient à la disposition générale des esprits.

J'ai dit que le praticien devait posséder l'élément théorique, et par là je n'entends pas qu'il doive composer des ouvrages ou faire une étude approfondie des livres; la multiplicité des travaux de sa profession ne le lui permettrait pas; mais c'est l'esprit de la science qu'il doit constamment manifester dans ses travaux mêmes, n'oubliant jamais que la science véritable est l'ensemble des règles qu'il envisage séparément, dans un but d'applications particulières. Quand il s'agit d'apprécier le mérite d'un praticien, la promptitude et la facilité du travail sont presque les seules qualités dont on tienne compte, qualités estimables sans doute, mais qui peuvent très-bien s'allier avec la légèreté la plus coupable. Si maintenant nous considérons les résultats généraux de la pratique moderne, ils accusent souvent l'absence de l'esprit scientifique. Là où régnerait cet esprit, la pratique affermirait la marche du droit, viendrait en aide à la théorie, en réprimant ses écarts, surtout préparerait les voies au législateur, de sorte que la loi et son

application, étroitement réunies, suivraient la même carrière de progrès. Tout cela n'est-il pas précisément le contraire de ce que nous voyons?

La séparation, chaque jour plus prononcée, de la théorie et de la pratique, étant surtout le mal qui travaille le droit actuel, le remède ne se trouve que dans le rétablissement de leur unité naturelle. Or, le droit romain sainement employé peut ici nous être d'un grand secours. Chez les jurisconsultes romains, l'unité nous apparaît dans sa pureté primitive et dans sa réalisation vivante. C'est le caractère du temps où ils vivaient, de même qu'aujourd'hui la destruction de l'unité n'est pas l'œuvre des individus, mais du cours général des choses. Si, par une étude sérieuse et naïve, nous savons nous transporter à un point de vue si différent du nôtre, nous pourrons nous approprier l'esprit de ces jurisconsultes et rentrer ainsi dans la bonne voie.

Mais comme il y a plusieurs manières d'étudier le droit romain, il importe de déterminer celle qui mène au but proposé. On comprend bien que je parle ici d'une étude approfondie d'après une méthode vraiment

scientifique; mais plusieurs pourraient être détournés de l'entreprendre, s'ils croyaient qu'elle embrasse la totalité des recherches sur l'antiquité et la critique complète des sources. Malgré l'importance de cette partie de la science, on ne doit pas abandonner le principe salutaire de la division du travail, et le plus grand nombre pourra se contenter des résultats obtenus par les auteurs qui ont traité spécialement ces matières. D'un autre côté, on se tromperait complétement, si pour le but que je propose on pensait tirer la moindre utilité des principes généraux du droit romain tels que les enseignent les compendium d'Institutes, ou les cours des écoles de droit en France. Ces connaissances élémentaires ne sont bonnes qu'à conserver pour des temps meilleurs la lettre du droit romain, et pour celui qui s'en contente, elles valent à peine le peu de temps qu'elles lui ont coûté. Le seul moyen approprié à la fin que nous cherchons, est de lire et de méditer les écrits mêmes des anciens jurisconsultes. Dès lors l'immensité de la littérature moderne n'a plus rien qui nous effraye; un enseignement bien dirigé nous indiquera le peu qui nous en est nécessaire, comme préparation à cette

étude directe des sources, et nous abandonnerons tout le reste aux théoriciens de profession, qui ne sauraient refuser cette tâche laborieuse.

L'objet spécial de mon ouvrage est de mener à cette étude sérieuse du droit romain, de diminuer les difficultés, de lever les obstacles qui, pour les praticiens, gênent l'accès des sources. Les doctrines contenues dans les livres élémentaires modernes dont les praticiens sont maintenant obligés de se servir, exercent sur eux une autorité illégitime, et si l'exécution de cet ouvrage répond à la pensée de son auteur, la pratique émancipée cessera d'être enchaînée par une fausse théorie.

Ces idées trouveront sans doute leur application immédiate dans les pays où le droit romain forme la base de la pratique; mais elles ne sont pas sans application dans les pays où des codes ont remplacé le droit romain. Pour les uns comme pour les autres, l'état du droit est au fond le même, le mal et le remède y diffèrent moins qu'on ne pourrait le croire. Ainsi donc, là où existe une législation nationale, le droit romain, étudié dans l'esprit que j'indique, vivifiera la théo-

rie, la débarrassera d'erreurs subjectives et arbitraires, surtout la rapprochera de la pratique, et c'est le point essentiel. A la vérité, cette régénération de la science y est plus difficile que dans les pays de droit commun, mais nullement impossible. Je citerai comme exemple les jurisconsultes français, qui souvent se servent du droit romain avec beaucoup d'habileté, pour éclairer et compléter le Code civil. Ils agissent alors d'après l'esprit véritable de ce Code; et quand ils échouent, cela tient moins à l'emploi peu judicieux du droit romain, qu'à une connaissance imparfaite de ce droit. Évidemment inférieurs à nous pour cette connaissance, ils peuvent nous servir de modèles dans l'art de l'appliquer au droit moderne.

L'usage du droit romain rencontre, il est vrai, des difficultés particulières en Prusse. La forme didactique du Code et la prolixité de ses dispositions obscurcissent souvent la relation intime qui existe entre l'ancien et le nouveau droit; mais ces obstacles ne sont pas insurmontables, et si l'usage du droit romain était réhabilité parmi nous, le plus grand mal qu'ait fait le nouveau Code se trouverait réparé, je veux

dire la séparation absolue qui isole la pratique des théories scientifiques du droit commun, et lui retire une source féconde de progrès, le commerce de pensées avec les jurisconsultes des temps antérieurs et des nations étrangères. Je sais qu'à l'époque où fut rédigé le Code prussien, la science du droit en Allemagne était tombée bien bas, et ne pouvait plus guère avoir sur la pratique une influence heureuse. C'est cet état déplorable de la science qui détermina le législateur à rompre avec elle et à renouveler, par un code national, la base de la pratique. Aujourd'hui que l'état des choses est complétement changé, si nous parvenions à renouer nos communications avec la science du droit commun, la pratique ne pourrait qu'y gagner, et les inconvénients si vivement sentis autrefois ne se représenteraient plus.

Plusieurs croiront peut-être que continuer à prendre le droit romain comme moyen de perfectionner notre jurisprudence, c'est faire tort à l'esprit du siècle et de la nation; qu'en suivant une pareille voie, nous ne pouvons qu'imiter imparfaitement, ou tout au plus reproduire, l'œuvre des Romains, et qu'il se-

rait plus noble de faire acte d'indépendance et de réserver tous nos efforts pour une œuvre originale. Je rends justice à la générosité de ce sentiment, mais ici il s'égare. La multiplicité des matériaux que tant de siècles ont accumulés, rend notre tâche bien plus pénible que celle des Romains, et place notre but plus haut. S'il nous était donné de l'atteindre, non-seulement nous aurions égalé le mérite des Romains, mais notre œuvre serait infiniment plus grande. Quand nous saurons manier les matériaux du droit avec l'habileté et la puissance que nous admirons chez les Romains, nous pourrons cesser de les prendre comme modèles et laisser à l'historien le soin de célébrer leur gloire. Jusque-là, un orgueil mal entendu ou l'intérêt de notre commodité ne doivent pas nous faire négliger un secours auquel toute l'énergie de nos efforts pouvait difficilement suppléer. Notre position vis-à-vis de l'antiquité n'a ici rien d'extraordinaire ; elle est la même dans d'autres parties du domaine de l'intelligence. On ne croira sans doute pas que je recommande le droit romain au préjudice du droit germanique, dont l'étude approfondie donne déjà des espérances si brillantes. Un amour

exclusif pour l'objet de nos recherches nous porte souvent à déprécier le domaine de nos voisins; mais l'injustice de cette erreur doit nuire à l'agresseur qui la commet, non à celui qui la repousse et s'en défend.

D'après le plan que j'ai tracé, on voit que mon ouvrage aura surtout un caractère critique. Cela pourra déplaire aux lecteurs qui veulent des vérités positives, sans demander d'où elles viennent, sans s'inquiéter de leurs différentes faces. La vie scientifique serait commode et facile, si nous pouvions nous abandonner avec pleine confiance à l'action de la vérité pure, et marcher ainsi sans encombre de découvertes en découvertes. Mais nous devons nous frayer le chemin à travers les erreurs et les vérités incomplètes qui nous assiégent de toutes parts. Prétendrons-nous entrer en lutte avec la destinée qui nous impose ce labeur inutile? A cette nécessité de notre nature, nous n'avons à opposer que la résignation. Mais ce travail, auquel la condition de l'humanité nous condamne, porte avec soi sa récompense et ses fruits : il développe les forces de l'intelligence, et chaque vérité, péniblement acquise en luttant contre l'erreur, nous appartient bien mieux, de-

vient bien plus féconde, que si nous l'avions reçue passivement et sans effort.

Le caractère critique de cet ouvrage se montre sous plusieurs faces. Je mets en première ligne les recherches dont le résultat est purement négatif; si, par exemple, je montre qu'une institution du droit romain est une institution morte et étrangère au droit actuel, ou si je signale des idées fausses et de vaines doctrines que les auteurs modernes ont introduites dans la science, par suite d'un malentendu. Ce sont précisément les recherches que plusieurs lecteurs supportent avec le plus d'impatience; mais celui qui déblaie la route et la fixe par des jalons, rend incontestablement service à ceux qui viennent après lui, quoique l'habitude de ces avantages puisse faire aisément oublier qu'il fut un temps où la route était moins commode.

Indépendamment des résultats purement négatifs, le caractère critique de cet ouvrage se montre encore là où, pour établir une vérité positive, il ne suffit pas de nier en termes absolus l'erreur que l'on repousse parfois, il importe avant tout de déterminer le degré de notre conviction; en effet, on peut combattre et réfuter une opinion de différentes ma-

nières. Souvent à notre conviction se joint le sentiment d'une entière certitude; car nous voyons la cause de l'erreur, un défaut de logique, l'ignorance d'un fait, ou une méthode vicieuse. Alors nous déclarons l'opinion de notre adversaire scientifiquement inadmissible, ce qui implique un blâme absolu et formel. Mais quelquefois, après avoir mûrement examiné toutes les opinions, nous en adoptons une, sans condamner aussi décidément les autres. Réduits alors à nous contenter d'une vraisemblance, cette vraisemblance admet plusieurs degrés dont l'appréciation juste et loyale intéresse autant l'exactitude que la moralité de nos travaux (1).

Dans plusieurs matières controversées, il importe de préciser rigoureusement les points débattus, de déterminer la valeur des

(1) Lebensnachrichten über B. G. Niebuhr, vol. II, p. 208 : « Il faut, avant toutes choses, conserver dans l'étude de la « science une véracité inaltérable, fuir absolument ce qui « pourrait faire aux autres la moindre allusion, ne jamais « donner comme certain le plus petit détail, sans avoir la « conviction profonde de sa certitude, et si nous proposons « une conjecture, mettre tout en œuvre pour fixer son degré « de vraisemblance. » Niebuhr parle ici de la philologie, mais plusieurs passages de cette lettre remarquable s'appliquent parfaitement à toutes les sciences.

controverses et leur degré d'importance pour la science, car la chaleur de la discussion, et le sentiment de personnalité qu'elle éveille, peut là-dessus nous faire illusion et nous exposer à induire les autres en erreur. — Enfin, quand nous combattons une doctrine, nous devons apprécier soigneusement ce que j'appellerai sa vérité relative. Souvent une opinion, que nous rejetons comme fausse, renferme un élément vrai, mais qui, mal appliqué ou considéré sous une seule face, est devenu une cause d'erreur. Tels sont les cas où l'on transforme la règle générale en règle concrète, ou la règle concrète en règle générale. L'appréciation de cet élément de vérité a pour la science un grand intérêt, elle sert à ramener un adversaire loyal et de bonne foi, elle termine la controverse d'une manière définitive et satisfaisante, puisqu'elle résout l'antagonisme dans une vérité plus haute.

Pour le but que je me propose j'ai adopté la forme du traité. Mais comme tout le monde n'est pas d'accord sur la nature des conditions que doit réunir un traité général systématique, j'entrerai là-dessus dans quelques détails. Suivant moi, la condition essentielle d'un traité général est de saisir et de

mettre en lumière le lien intime, les affinités qui existent entre toutes les notions de droit et constituent son unité. D'abord ces affinités sont souvent cachées, et nous avons intérêt à les découvrir; ensuite, elles sont fort nombreuses, et mieux nous savons les suivre, les observer sous leurs différentes faces, mieux nous avons l'intelligence du sujet. Enfin, certaines affinités n'ont que l'apparence de la réalité, et c'est cette fausse apparence qu'il s'agit alors de détruire. — L'ordre suivi dans la disposition des matières est sans doute déterminé par ce lien intime dont il reflète l'image; souvent même c'est la seule chose dont on s'occupe quand on parle de la composition d'un traité; et ici je signalerai plusieurs méprises contre lesquelles on doit se mettre en garde. Dans la richesse de la réalité vivante, tous les rapports de droit forment un seul corps organique; mais si nous voulons les étudier ou les expliquer aux autres, nous sommes obligés de décomposer ce corps organique, et d'examiner successivement ses diverses parties. L'affinité que nous jugeons dominante détermine l'ordre à suivre dans cette décomposition; nous ne pouvons qu'indiquer plus tard les autres

affinités secondaires, mais non moins réelles. Une certaine tolérance devient alors nécessaire; il faut que l'auteur puisse consulter sa direction d'esprit individuelle, et adopter l'ordre qui lui permet de faire l'exposition la plus lucide et la plus féconde en résultats.

Plusieurs veulent qu'un traité, soumis à une méthode rigoureuse, marche de conséquences en conséquences, et ne contienne rien qui ne soit expliqué par ce qui précède. Je m'expose à leur condamnation, car je pense que ce principe n'est nullement fait pour un ouvrage tel que le mien. Ce principe implique nécessairement que le lecteur ignore entièrement la matière, et l'étudie pour la première fois; aussi est-il très-bien approprié à l'enseignement élémentaire. Mais on sera rarement tenté de commencer l'étude du droit dans un ouvrage aussi détaillé que le mien. Ceux plutôt que les cours ou la lecture des auteurs auront initiés à la science du droit, se serviront d'un ouvrage de ce genre pour contrôler leurs connaissances, les rectifier, les étendre et les approfondir. Or, on peut supposer que ces lecteurs auront présentes à l'esprit les notions qu'ils possèdent déjà sur une matière, quelle que soit la place que lui

donne le traité. Ne pas employer cette méthode serait renoncer à faire ressortir les affinités du droit les plus importantes et les plus fécondes, ou, les plaçant sous un jour défavorable, les rendre moins saillantes et moins instructives. Si l'ordre que j'adopte éclaire chaque matière et la met dans tout son relief, je n'ai pas besoin d'autre justification. — Ceux que ces raisons ne convaincraient pas doivent se souvenir que les auteurs de monographies spéciales supposent une foule de choses que leurs livres n'établissent pas; pourquoi donc refuser le même privilége à l'auteur d'un traité général?

En prévenant une critique que l'on pourrait m'adresser, puisque j'ai cité les monographies, compositions fort importantes, car c'est surtout par elles que s'accomplissent aujourd'hui les progrès de la science, je ne dois pas oublier de relever une erreur assez commune sur le rapport de ces compositions spéciales avec les traités généraux. On se représente une monographie comme un chapitre d'un traité général détaché par hasard et publié séparément; alors il suffirait de réunir un certain nombre de bonnes monographies pour avoir un bon traité général sur l'en-

semble du droit. Mais l'auteur d'une monographie étudie un sujet spécial, et, de ce point de vue arbitrairement choisi, examine ses affinités avec les autres parties du droit; or, le choix et la disposition des matériaux seraient tout différents, s'il avait envisagé le même sujet comme partie intégrante de l'ensemble. J'ai cru ces réflexions nécessaires pour expliquer et justifier d'avance les différences que l'on remarquera entre mon traité de la possession et le chapitre de cet ouvrage consacré au même sujet.

Je joins à mon traité, sous le nom d'appendices, diverses recherches détachées. Plusieurs motifs m'y ont déterminé. Quelquefois une question particulière exige de si grands développements, qu'elle serait hors de proportion avec l'ensemble du traité et en dérangerait l'économie. Quelquefois aussi un sujet touche à tant de matières différentes, que, pour le traiter complétement, il faut le traiter à part; cela s'applique surtout à l'appendice sur l'erreur (VIII). Enfin, les recherches purement historiques sortent du plan de mon ouvrage; mais parfois une institution de l'antiquité se lie si étroitement à une institution du droit romain actuel, que

je ne pouvais mettre l'une dans tout son jour sans donner à l'autre une place spéciale ; j'en fais alors l'objet d'un appendice. — La délimitation des appendices ne saurait être précisée avec une exactitude rigoureuse, et peut-être plus d'un lecteur aurait voulu voir certaines matières rejetées en appendice, et d'autres insérées dans le traité. Mais c'est encore là une question où l'on peut sans inconvénients passer quelque chose au libre arbitre de l'auteur.

Autrefois, les auteurs traitaient toutes les matières du droit suivant une méthode uniforme. Ainsi, ils avaient coutume, après avoir défini une institution, d'entrer dans toutes les subdivisions que comporte le sujet. Plusieurs auteurs modernes rejettent cette méthode comme pédantesque et inutile, et n'admettent de division que s'il s'agit d'exposer une règle particulière de droit. Je ne puis approuver exclusivement ni les uns ni les autres, et tout principe d'uniformité extérieure me semble condamnable. Les deux méthodes sont bonnes quand elles donnent l'intelligence claire et profonde du sujet, et l'auteur doit, suivant les cas, choisir celle qui répond le mieux à cette fin. Si donc le

sens d'une institution présente des contrastes qui tiennent à son essence, il conviendra, après avoir défini l'institution, de faire pour chacun de ces contrastes autant de subdivisions formelles.

J'apporterai le plus grand soin à préciser rigoureusement, dans mon ouvrage, le langage authentique des sources, et cela demande une apologie, car plusieurs se persuadent qu'on exagère aujourd'hui l'importance de cet objet. Néanmoins, il a une importance véritable, car, entre la phraséologie vicieuse et la pensée erronée ou le faux raisonnement, il existe une réciprocité d'action dangereuse. Si l'expression vicieuse est le produit et le signe d'une pensée erronée, la pensée erronée est fixée, étendue, propagée par l'expression vicieuse. Mais, après avoir signalé le vice de la phraséologie, et avoir détruit cette cause d'erreur, il faut bien inventer des expressions techniques nouvelles, quand le langage des sources est insuffisant. Je reconnais, au reste, que parfois le purisme a été poussé trop loin. Seulement on devra toujours éviter les termes inexacts qui se lient à des idées fausses, et dont j'ai montré le danger.

Quoique j'aie consacré un chapitre (§ 32-

51) à expliquer l'usage que je ferai des sources, quelques réflexions générales ne seront pas ici déplacées. On a souvent reproché aux jurisconsultes le luxe de leurs citations; on les a raillés d'invoquer tant de textes, quand on les croirait volontiers sur parole. Cette critique serait peut-être fondée si les citations n'étaient faites qu'à l'appui de doctrines contre lesquelles ne s'élèvent ni doutes ni objections; mais elles doivent être envisagées sous un tout autre aspect. Si l'on admet avec moi que l'étude bien dirigée des anciens jurisconsultes est propre à enrichir et à vivifier la science du jurisconsulte moderne, cette étude que rien ne saurait remplacer, offrant des difficultés particulières, peut-être accueillera-t-on favorablement des indications qui la facilitent. Or, comme mon ouvrage n'a pas d'autre but, la citation des textes n'est pas uniquement faite pour justifier les principes que j'expose, mais ces principes doivent servir de commentaire et de guide pour l'étude des textes mêmes, qui, dans ce choix, dans cet ordre, dans ce rapport avec le traité, saisiront la pensée davantage et deviendront plus accessibles. — Souvent il arrive que deux personnes également diligentes entre-

prennent une recherche avec les mêmes matériaux, et obtiennent des résultats diamétralement opposés. Cela tient surtout au choix des textes que l'on prend pour point central de la recherche et auxquels on subordonne tous les autres. Ici les règles pourraient difficilement instruire; c'est en étudiant les grands modèles, et en s'exerçant soi-même, que s'acquiert le tact qui met sur la bonne voie.

D'autres, au contraire, auraient désiré un plus grand nombre de citations d'auteurs que je n'en donne, et verront en cela leur attente trompée. Mais je me suis volontairement restreint aux citations qui rentrent, d'une manière quelconque, dans le but de mon livre; ainsi, je cite quelquefois un auteur parce qu'il renvoie lui-même à d'autres ouvrages. Je ne me suis donc pas proposé de dresser la liste complète des écrits composés sur chaque matière, sans excepter même les plus médiocres, car, dans ce dernier cas, le lecteur me saurait mauvais gré de l'avoir engagé à une étude infructueuse. Si j'eusse entrepris plus jeune l'œuvre que je commence aujourd'hui, j'aurais donné plus d'extension à l'usage de la littérature du droit. Elle se compose de deux masses d'ouvrages dont le

poids est difficile à soutenir, mais qui pourraient nous profiter beaucoup : l'une comprend l'exégèse, à partir des glossateurs et en continuant de préférence par l'ancienne école française ; l'autre comprend la pratique, c'est-à-dire, les consultations, réponses, etc., également à partir des glossateurs. Pour faire servir ces matériaux à l'édifice d'un traité général comme le mien, il faudrait lire tous ces ouvrages sous le point de vue du traité, je veux dire les prendre comme termes de comparaison, afin de le rectifier et de le compléter; travail qui améliorerait beaucoup de détails, mais changerait peu de chose à l'ensemble et aux doctrines fondamentales ; mais commençant mon livre sur le déclin de la vie, il serait insensé de former un semblable projet. Celui qui croirait mon livre une œuvre durable augmenterait singulièrement sa valeur en y ajoutant ces compléments littéraires. Ce ne serait pas là une entreprise aventureuse, car on pourrait l'exécuter progressivement, choisir par exemple les auteurs d'une époque, ou même quelques-uns d'entre eux, afin de les étudier dans ce but. — On regrettera peut-être de ne pas trouver, comme introduction à ce traité, une indication géné-

rale des livres les plus utiles et les plus recommandables pour l'étude du droit moderne. Mais ce besoin, dont je reconnais toute l'importance, me semblerait mieux satisfait au moyen de bibliographies séparées; de même que les détails historiques sur l'ensemble des sources, leurs manuscrits et leurs éditions, sont mieux placés dans une histoire du droit que dans l'introduction d'un traité général, où leur exposition complète serait un hors-d'œuvre non motivé.

Les matériaux de ce traité, réunis successivement, ont servi pour les cours de droit romain que l'auteur fait depuis le commencement du siècle. Mais la manière dont ils sont présentés ici en fait un travail entièrement neuf dont les cours n'étaient que l'ébauche. Le professeur qui parle à ses élèves doit leur exposer une matière tout à fait neuve et étrangère pour eux; il doit proportionner son enseignement aux connaissances et au développement intellectuel de la majorité de son auditoire. L'écrivain, au contraire, travaille pour des lecteurs initiés à la science, il les suppose au niveau de son état actuel, et tel est son point de départ pour passer en revue avec eux l'ensemble de leurs

notions scientifiques, les contrôler, les rectifier et les étendre. Ces deux espèces de travaux, malgré la différence incontestable de leurs caractères, ont néanmoins des points de contact naturels et légitimes. Ainsi, quelquefois l'écrivain, par la manière de traiter un sujet, revient, sans s'en apercevoir, aux premières notions de la science, et les fait toutes passer sous les yeux du lecteur. Cette méthode est bonne à employer pour éclairer des idées et des principes qui ont été défigurés arbitrairement, et l'auteur aura de la facilité et du penchant à s'en servir, s'il a souvent enseigné, comme professeur, les matières dont il traite. — J'ai conçu le plan de cet ouvrage au printemps de 1835; j'en ai entrepris l'exécution l'automne de la même année; et quand j'ai commencé l'impression, j'avais terminé les quatre chapitres du premier livre et les trois premiers du second.

Au moment de publier ce livre, je ne puis m'empêcher de jeter un coup d'œil sur les destinées qui l'attendent. Comme toute œuvre de l'homme, il aura ses bons et ses mauvais jours. Plus d'un critique me reprochera ses défauts, mais nul ne les connaît mieux que moi, ne les sent plus vivement; et main-

tenant que j'en ai achevé une partie, je découvre bien des endroits où je souhaiterais plus de vie et de profondeur. La conscience de ces imperfections m'ôtera-t-elle le courage de continuer cette vaste entreprise? Une réflexion doit nous rassurer contre le sentiment de notre faiblesse. Il n'est pas imposé à l'homme de connaître et de montrer la vérité dans toute sa pureté : c'est encore servir sa cause que lui préparer les voies, éclairer les points essentiels, signaler les conditions absolues de son triomphe, et rendre accessible à nos successeurs le but que nous n'avons pu atteindre. Je m'assure aussi en la conscience d'avoir déposé dans mon livre des germes féconds de vérité que d'autres feront fructifier un jour, et peu importe que la richesse de ce développement en cache le principe et le mette en oubli. L'œuvre individuelle de l'homme est périssable comme l'homme lui-même sous son apparence visible; mais la pensée ne périra pas: c'est elle qui, transmise de génération en génération, réunit les serviteurs de la science en une vaste communauté, où la part la plus petite de l'individu trouve une immortelle durée.

Septembre 1839.

TRAITÉ

DE

DROIT ROMAIN.

LIVRE PREMIER.

SOURCES DU DROIT ROMAIN ACTUEL.

CHAPITRE Ier.

OBJET DE CET OUVRAGE.

§ I. *Droit* romain *actuel.*

La partie de la science dont je traite dans cet ouvrage, est le droit romain actuel. Il s'agit maintenant de déterminer ce que ce titre renferme.

1° Cet ouvrage a le droit *romain* pour objet; il devra donc se borner aux matières du droit qui ont une origine romaine, et les suivre dans leurs développements successifs, quelles que soient

d'ailleurs la nature et la source de ces développements; mais les matières dont l'origine est germanique, s'en trouvent naturellement exclues.

2° Le droit romain *actuel*. Ainsi donc, on ne verra dans cet ouvrage ni l'histoire du droit proprement dite, ni les parties de l'ancien droit étrangères à la législation Justinienne, puisque c'est sous cette dernière forme que nous avons reçu le droit romain, ni les parties de la législation Justinienne étrangères au droit moderne.

3° Le droit *privé*, et non le droit public; ce droit que les Romains appellent quelquefois *jus civile*, et qui, au temps de la république, faisait l'étude exclusive du jurisconsulte, *jurisprudentia* (*a*). Cette limitation rentre en partie dans les deux qui précèdent, car le droit privé des Romains forme seul partie intégrante du droit moderne. Sans doute leur droit criminel ne nous est pas tout à fait étranger, mais nous ne lui avons emprunté qu'un petit nombre de principes et d'une importance secondaire.

(*a*) Ainsi Cicéron dit bien qu'il n'est pas jurisconsulte; mais il était loin de penser que lui ou tout autre homme d'État connût moins bien qu'un jurisconsulte, la constitution politique, le *jus sacrum*, etc. Ulpien donne, il est vrai, beaucoup plus d'extension à la *jurisprudentia* (L. 10, § 2, D. de J. et J.), et l'on ne doit pas blâmer sa définition, ou l'accuser d'avoir exagéré l'importance de sa science, car il n'a fait qu'exprimer le changement apporté par le temps à la position des jurisconsultes et des hommes d'État.

4° Enfin l'exposition systématique du droit lui-même, à l'exclusion de la procédure ou des formes assignées à la poursuite du droit. C'est ce que quelques-uns appellent le droit privé *matériel*. En effet, notre procédure, formée d'un mélange de sources historiquement diverses, s'est développée d'une manière tellement spéciale, qu'elle veut être traitée séparément, tandis que les jurisconsultes romains regardaient la réunion de la procédure et du droit non-seulement comme possible, mais même comme nécessaire. Leur division, dont le principe est incontestable, offre souvent des incertitudes dans l'application, et, en effet, la même matière peut quelquefois appartenir à l'un et l'autre domaine. Ainsi, les jugements, par leurs formes et leurs conditions, rentrent dans la procédure, mais une fois prononcés, ils entraînent : 1° l'*actio* et l'*exceptio* dérivant de la *res judicata ;* 2° l'exécution. Or, l'une fait partie du droit lui-même, l'autre de la procédure. En résumant tout ce que je viens de dire, on voit que le droit romain ainsi entendu, est ce qui forme le droit commun d'une grande partie de l'Europe.

§ II. *Droit commun de l'Allemagne.*

Le droit romain actuel défini (§ 1) a une grande analogie avec le droit commun allemand.

Ce droit tient à la constitution politique de l'Allemagne, dont les diverses parties étaient réunies sous la domination impériale. Ainsi, chaque État obéissait à un double pouvoir, sous l'influence duquel se développa un double droit positif, le droit territorial et *le droit commun*. Plusieurs auteurs ont prétendu qu'après la dissolution de l'Empire, le droit commun avait disparu avec l'autorité qui lui servait de base. Mais cette opinion, qui tient à des idées erronées sur la nature du droit positif, n'a pas eu la moindre influence pratique (*a*). Or, ce droit commun n'est autre que le droit romain actuel, considéré dans son application particulière à l'Allemagne, c'est-à-dire avec les modifications qu'il y a subies. Mais ces modifications, presque toutes contenues dans les lois de l'Empire, sont de peu d'importance, car les grandes déviations faites à l'ancien droit romain, par exemple, l'autorité reconnue à tous les contrats indépendamment de la *stipulatio*, les effets attribués à la *bona fides*, etc., n'ont rien de particulier à l'empire d'Allemagne;

(*a*) Ils partent de ce principe erroné, que quand une puissance politique succombe, toutes les institutions qui s'étaient développées sous son influence périssent nécessairement. Ainsi on a dit qu'après la chute de l'empire d'Occident, la conquête des barbares dut anéantir le droit romain, et l'anéantit en effet. Mais cette opinion du moins trouverait aujourd'hui difficilement des partisans.

elles ont été généralement adoptées à mesure que le droit romain s'est propagé en Europe. Ainsi donc, cet ouvrage, qui traite du droit romain actuel, pourrait, au moyen de quelques additions, présenter le droit commun de l'Allemagne.

§ III. *Limites de mon sujet.*

En posant les limites de mon sujet, je m'interdis de traiter tout ce qui lui est étranger. Ici je marche entre deux écueils qui m'offrent un double danger; l'un, de dépasser mes limites par prédilection pour une matière qui s'en rapproche, ou pour certaines parties de la science; l'autre, de m'y renfermer trop étroitement, lorsqu'une digression serait indispensable à l'étude approfondie du sujet, ou à la clarté de l'exposition (*a*). Mais, de son côté, le lecteur m'accordera sans doute quelque tolérance, car sur ce point il n'y a guère de règle fixe, c'est au tact à décider, et l'on doit faire une part aux idées subjectives de l'auteur.

D'après l'usage adopté jusqu'ici, surtout dans les cours de Pandectes des universités allemandes, j'exposerai les principes fondamentaux communs à tout droit positif, et qui n'ont rien

(*a*) Ainsi je parlerai de certaines parties du droit tombées en désuétude, à cause de la place qu'elles occupent dans les sources, et pour ne pas en détruire l'ensemble.

de spécial au droit romain; mais, indépendamment de la forme originale qu'ils y revêtent et de leur influence sur les autres législations, le droit romain, par son caractère de généralité, se prête mieux que tout autre droit positif à l'étude approfondie de ces principes fondamentaux.

CHAPITRE II.

DE LA NATURE DES SOURCES DU DROIT EN GÉNÉRAL.

§ IV. *Rapport de droit.*

Pour déterminer les bases du droit romain actuel, il s'agit d'en reconnaître les sources; mais cette étude appelle nécessairement une recherche préliminaire sur la nature des sources du droit en général.

Le droit, si nous le considérons tel que dans la vie réelle il nous entoure et nous pénètre de tous côtés, nous apparaît comme un pouvoir de l'individu. Dans les limites de ce pouvoir, la volonté de l'individu règne, et règne du consentement de tous. Ce pouvoir ou faculté, nous l'appelons *droit*, et quelques-uns l'appellent droit dans le sens subjectif. Le droit ne se manifeste jamais plus clairement que si, dénié ou attaqué, l'autorité judiciaire vient à en reconnaître l'existence et l'étendue. Mais un examen plus attentif nous montre que la forme logique d'un jugement

tient à un besoin accidentel; que loin d'épuiser l'essence de la chose, cette forme suppose une réalité plus profonde, c'est le *rapport de droit* dont chaque droit n'est qu'une face diverse considérée abstractivement; ainsi, un jugement sur un droit spécial n'est vrai et raisonnable que s'il dérive d'une vue complète du rapport de droit. Ce rapport a une nature organique qui se manifeste, soit par l'ensemble de ses parties constitutives qui se balancent et se limitent mutuellement, soit par ses développements successifs, son origine et ses décroissements. Cette reconstruction vivante de l'ensemble, un cas particulier donné, forme l'élément intellectuel de la pratique, et distingue sa noble vocation du simple mécanisme que l'ignorance lui attribue. Mais, afin de ne pas laisser ce point important à l'état d'abstraction, je crois bon de montrer, par un exemple, l'étendue des conséquences qu'il renferme. Voici l'espèce d'une loi célèbre, la loi *frater a fratre* (L. 38, xii, 6): Deux frères étant sous la puissance paternelle, l'un emprunte à l'autre une somme d'argent, et la rend après la mort du père. Maintenant on demande s'il a droit de répéter cette somme comme indûment payée. Y a-t-il ou non *condictio indebiti?* Telle est la seule question soumise à l'appréciation du juge; mais, pour la résoudre, il doit embrasser l'ensemble du rapport de droit, qui se décom-

pose de la manière suivante: puissance paternelle sur les deux frères, prêt de l'un à l'autre, pécule reçu du père par le débiteur. Le rapport de droit s'est développé par la mort du père, l'ouverture de sa succession, le payement de la dette. Tels sont les divers éléments dont la combinaison doit entrer dans la décision du juge.

§ V. *Institutions de droit.*

Le jugement d'une espèce n'est possible qu'en la rapportant à une règle générale qui domine les cas particuliers. Cette règle s'appelle droit, ou droit général, ou quelquefois encore, droit dans le sens objectif. Elle se manifeste surtout dans la loi, c'est-à-dire, la règle promulguée par l'autorité suprême d'un État.

Mais si le jugement d'une espèce particulière n'a qu'une nature restreinte et subordonnée, s'il trouve sa racine vivante et sa puissance de conviction dans l'appréciation du rapport de droit; la règle de droit et la loi qui en est l'expression, ont pour base plus profonde les institutions dont la nature organique se montre dans l'ensemble vivant de leurs parties constitutives, et dans leurs développements successifs. Ainsi donc, quand on ne veut pas s'en tenir aux manifestations extérieures, mais pénétrer l'essence des choses, on reconnaît que chaque élé-

ment du rapport de droit a une institution qui le domine et lui sert de type, de même que chaque jugement est dominé par une règle (*a*); et ce second enchaînement, en se rattachant au premier, y trouve la réalité et la vie. La loi citée dans le paragraphe précédent peut encore servir à éclaircir ce dernier point. Les institutions de droit qui se rapportent à cette espèce, sont : la succession des enfants au père, l'ancien pécule, et surtout la *deductio* qui s'y rattache, la transmission des créances aux héritiers, la confusion en leurs personnes des créances et des dettes, la *condictio indebiti*. Quant à la manière dont l'intelligence saisit ces idées, il y a cette différence toute naturelle, que les institutions du droit étant perçues d'abord isolées, peuvent être combinées arbitrairement, tandis que le rapport de droit se révélant à nous par les événements de la vie réelle, nous apparaît directement et sous sa forme concrète. Mais un examen plus attentif nous montre que toutes les institutions de droit forment un vaste système, et que l'harmonie de ce système, où se reproduit leur nature organique, nous en donne seule l'intelligence complète. Quelle que soit la distance qui sépare un rapport individuel de droit du système du droit positif d'une nation, il n'y a d'autre différence que celle

(*a*) Cf. Stahl, *Philosophie des Rechts*, II, 1, p. 165, 166.

de proportion, et le procédé par lequel l'esprit parvient à les connaître est absolument le même.

Par là on voit combien fausse est l'opinion qui considère la théorie et la pratique du droit comme choses diverses et même opposées. Sans doute le théoricien et le praticien ont chacun leurs fonctions : l'application qu'ils font de leurs connaissances est différente, mais ils suivent un même ordre d'idées, leurs études doivent être les mêmes, et nul n'exerce dignement la théorie ou la pratique s'il n'a conscience de leur identité (*b*).

§ VI. *Ce qu'il faut entendre par sources du droit.*

On appelle sources du droit les bases du droit général, par conséquent les institutions elles-mêmes, et les règles particulières que l'on en tire par abstraction. Cette définition présente une double analogie qui peut donner lieu à une double méprise.

1° Chaque rapport individuel de droit a sa base dans un fait (*a*), et le lien existant entre ces

(*b*) J'ai puisé ces convictions dans l'étude approfondie des jurisconsultes romains, si grands sous ce point de vue, et l'expérience d'une longue pratique judiciaire n'a fait que les vérifier et les affermir.

(*a*) J'exposerai les principes généraux sur cette matière, au chapitre III du livre II.

rapports de droit et les institutions qui les dominent, peut mener à confondre l'origine de ces rapports individuels avec celle des règles du droit. Si donc on veut examiner tous les éléments qui entrent dans un rapport de droit, on y trouve infailliblement une règle de droit et un fait répondant à cette règle, une loi, par exemple, qui reconnaît le contrat, et enfin le contrat lui-même. Mais ces éléments ont une nature essentiellement différente ; et placer sur la même ligne les lois et les contrats, regarder les contrats comme sources du droit, c'est confondre toutes les idées (*b*).

2° Une autre méprise, occasionnée par la ressemblance des noms, est de confondre les sources du droit avec les sources historiques de la science du droit. Ces dernières comprennent tous les monuments qui nous fournissent des faits relatifs à la science; mais ce sont deux choses indépendantes, qui ne se trouvent qu'accidentel-

(*b*) Cette confusion se trouve, sans parler des auteurs modernes, dans plusieurs passages de Cicéron. (Voy. § 22, note *m*.) Tandis que les uns rangent à tort les contrats parmi les sources du droit, d'autres, par une erreur inverse, mettent sur la même ligne les lois et les causes des obligations, pour établir la fausse doctrine du *titulus* et du *modus adquirendi*. Höpfner, Commentar., § 293. Le mot *autonomie*, à cause de ses diverses significations, a beaucoup contribué à la première de ces erreurs.

lement réunies, quoique cette réunion puisse se présenter fréquemment et avoir une grande importance. Ainsi, par exemple, le Digeste Justinien est à la fois source du droit et source historique de la science; la loi Voconia, une des sources de l'ancien droit, n'est pas source historique, puisqu'elle n'existe plus; enfin, les passages des historiens et des poëtes de l'antiquité renfermant des notions de droit, appartiennent exclusivement aux sources historiques de la science. — J'ajouterai que les sources du droit, dans la plupart des cas où nous avons à nous en occuper, réunissent ces deux caractères; et ainsi cette double acception du même mot offre peu d'inconvénients. Les diverses parties du corps de droit, par exemple, sources du droit pour l'ancien empire romain comme lois de Justinien, et sources du droit moderne en vertu de leur adoption, font, comme textes, partie des sources de la science. De même encore, les recueils de droit allemand du treizième et du quatorzième siècle, sources de droit comme monuments du droit coutumier, sont, comme textes, sources de la science. On ne saurait donc blâmer la plupart des auteurs qui parlent des sources du droit sans distinguer ces deux significations.

§ VII. *De l'origine du droit.*

Quelle est maintenant la base du droit général, ou en quoi consistent les sources du droit?

Ici on pourrait croire que le hasard, les circonstances ou la sagesse pourraient créer le droit d'une manière différente, selon l'influence qui présiderait à sa création. Mais cette supposition tombe devant ce fait incontestable, que partout où l'existence d'un droit se révèle à l'intelligence humaine, il apparait aussitôt comme soumis à une règle préexistante, et l'invention de cette règle est dès lors inutile et même impossible. C'est parce que l'on considère le droit général comme antérieur à tous les cas donnés, qu'on l'appelle droit positif.

Si maintenant on cherche quel est le sujet au sein duquel le droit positif a sa réalité, on trouve que ce sujet est le peuple. C'est dans la commune conscience du peuple que vit le droit positif ; aussi peut-on l'appeler *le droit du peuple*. Néanmoins, il ne faudrait pas s'imaginer que les divers individus dont se compose le peuple, aient créé le droit arbitrairement; car ces volontés individuelles auraient pu sans doute enfanter le même droit, mais il est beaucoup plus vraisemblable qu'elles eussent produit une foule de droits différents. Le droit positif sort de cet esprit général

qui anime tous les membres d'une nation; aussi, l'unité du droit se révèle nécessairement à leurs consciences, et n'est plus l'effet du hasard. Assigner au droit positif une origine invisible, c'est donc renoncer au témoignage des documents. Mais cette difficulté n'a rien de particulier à mon opinion : elle se représente infailliblement dans toutes les explications de l'origine du droit. En effet, là où commence l'histoire fondée sur les documents, on trouve chez tous les peuples un droit positif déjà existant, et dont l'origine remonte au delà des temps historiques. Mais je puis invoquer des pensées d'un autre ordre, et telles que les comporte la nature du sujet. Je citerai d'abord la reconnaissance unanime du droit positif, le sentiment de nécessité qui accompagne ses manifestations, sentiment si clairement exprimé par l'antique croyance qui attribue au droit une origine divine. On ne pouvait nier d'une manière plus formelle l'intervention du hasard ou de la volonté humaine. Je citerai ensuite l'analogie que présentent plusieurs éléments caractéristiques de chaque peuple, les usages de la vie commune, et surtout la langue, dont l'origine se cache au delà des temps historiques. Ce n'est ni le hasard ni la volonté des individus, c'est l'esprit national qui enfante les langues; mais leur nature sensible rend cette origine plus évidente et plus saisissable que pour le droit. Ces

diverses manifestations de l'esprit général d'un peuple sont autant de traits caractéristiques de son individualité, parmi lesquels la langue tient la première place comme le plus apparent.

Mais le droit qui vit dans la conscience du peuple n'est pas un composé de règles abstraites. Il est perçu dans la réalité de son ensemble, et la règle apparait sous sa forme logique dès que le besoin s'en fait sentir; elle se détache de cet ensemble et se traduit par un mode artificiel. Telles sont les actions symboliques qui donnent au droit une apparence sensible, et où son origine populaire se révèle avec plus de profondeur et de clarté que dans les lois.

En exposant cette origine du droit positif, je n'ai pas tenu compte du temps au sein duquel la vie des peuples se développe. Or, on voit, au premier coup d'œil, que le temps, par son action, ajoute à la force du droit. Une idée de droit reçue chez un peuple s'enracine chaque jour davantage; elle se développe par l'application; et la conscience du droit, qui d'abord n'existait qu'en germe, prend une forme déterminée. Mais le temps modifie aussi le droit. En effet, on peut comparer la vie des peuples et chacun de ses éléments constitutifs, à la vie humaine, qui jamais n'est stationnaire, et offre une succession continuelle de développements organiques. De même les langues et le droit n'existent que par une

suite de transformations non interrompues, et ces transformations procèdent du même principe que son origine, soumises à la même nécessité, également indépendantes du hasard et des volontés individuelles. Mais ces développements continuels suivent une marche régulière et obéissent à un enchaînement de circonstances invariables, dont chacune tient par un lien spécial aux diverses manifestations de l'esprit du peuple au sein duquel le droit prend naissance. C'est surtout pendant l'enfance des peuples que cet élément agit avec le plus de force et de liberté; car alors le lien qui unit la nation est plus étroit, plus généralement senti, et la diversité des développements individuels n'obscurcit pas la conscience de ce sentiment. Mais plus ces développements deviennent inégaux et croissent en importance, plus des connaissances et des occupations spéciales isolent les individus et les différentes conditions; plus le droit, qui a sa source dans l'esprit général de la nation, se développe difficilement, et ce mode de développement disparaîtrait tout à fait, si les nouvelles circonstances ne lui créaient de nouveaux organes, la législation et la science du droit, dont je vais bientôt examiner la nature et le caractère.

Ces nouveaux organes exercent sur le droit primitif plus d'un genre d'action. Ils peuvent créer de nouvelles institutions, modifier les an-

ciennes, ou même les anéantir, si elles sont devenues étrangères à l'esprit et aux besoins du temps.

§ VIII. *Le peuple.*

Jusqu'ici j'ai considéré le peuple comme le sujet actif et personnel du droit. C'est ce sujet dont je vais examiner la nature et le caractère.

Quand on envisage le droit d'une manière abstraite et indépendamment de son contenu, on y voit une règle d'après laquelle un certain nombre d'hommes vivent en société. Si on se borne à l'idée d'une agrégation d'individus quelconques, on est conduit à regarder le droit comme son invention, invention sans laquelle la liberté extérieure des individus ne saurait subsister. Mais cette réunion accidentelle d'un certain nombre d'hommes est une hypothèse arbitraire, sans l'ombre de vérité; et si jamais une société pareille existait, elle serait impuissante à créer le droit; car il ne suffit pas qu'un besoin s'éveille pour que nous ayons les moyens de le satisfaire. Partout, au contraire, où nous voyons des hommes rassemblés, et d'après les témoignages de l'histoire la plus reculée, partout nous trouvons une communauté de rapports intellectuels attestée par l'usage d'une langue commune, qui sert à fixer et à développer ces rapports. C'est de cet

ensemble réel que sort la création du droit, c'est l'esprit national circulant dans tous les membres de la nation, qui a la force de satisfaire ce besoin dont nous avons reconnu l'existence.

Mais entre les différents peuples il n'y a pas de limites rigoureusement déterminées, et cette indétermination se retrouve dans le droit qu'ils se créent. Ainsi, la parenté existant entre certains peuples nous laisse quelquefois dans l'incertitude de savoir si nous devons les réunir ou les distinguer, et leurs droits, sans être entièrement semblables, reproduisent ce caractère de parenté.

Au sein même des nations dont l'unité est la moins douteuse, on rencontre quelquefois de certaines subdivisions, des associations de villes et de villages, des corporations de tous genres, qui, sans se détacher de la nation, ont cependant une existence individuelle et distincte. Dans le cercle de ces subdivisions peuvent se former des droits *particuliers*, qui se placent à côté du droit *commun* de la nation, et servent ainsi à le modifier et à le compléter (*a*).

Mais si on regarde le peuple comme un être individuel, sujet naturel et persistant du droit

(*a*) Ainsi à Rome on voit d'anciens droits coutumiers particuliers à certaines *gentes*. Dirksen, Civil. Abhandlungen, II, p. 90.

positif, on ne doit pas restreindre cette idée à la réunion des individus existant à une même époque; on doit, au contraire, considérer le peuple comme une unité au sein de laquelle se succèdent les générations, unité qui rattache le présent au passé et à l'avenir. C'est la tradition qui veille à la conservation du droit, et la tradition est un héritage qui se transmet par la succession continuelle et insensible des générations. C'est parce que le droit ne dépend pas de l'existence des individus, que les règles se maintiennent et que s'opèrent les transformations insensibles signalées plus haut (§ 7). Sous ce point de vue, la tradition forme un élément très-important du droit.

J'ai dit que chaque peuple était le créateur et le sujet du droit positif. Peut-être cette définition paraîtra-t-elle trop restreinte, et regardera-t-on le droit positif comme une œuvre de l'esprit humain en général, et non des peuples pris individuellement. Ces deux opinions, examinées de plus près, ne se contredisent nullement. L'esprit qui agit chez les différents peuples et revêt des traits individuels, n'est autre que l'esprit humain lui-même. Mais la création du droit est un fait, et un fait accompli en commun. Or, une coopération n'est possible que là où il existe réellement une communauté de pensées et d'action; et comme une semblable communauté se

trouve seulement au sein des différents peuples, c'est de là seulement que peut sortir le droit positif, bien que l'esprit général de l'humanité s'y révèle constamment. Aussi n'y voit-on point de ces créations arbitraires dont le droit des autres peuples n'offrirait aucune trace. Seulement, le droit de chaque nation a certains traits particuliers à la nation, et d'autres communs à tous les peuples. Je montrerai plus bas (§ 22) comment les Romains comprenaient, sous le nom de *jus gentium*, ces éléments généraux du droit.

§ IX. *L'État. Droit politique. Droit privé. Droit public.*

Jusqu'ici j'ai dû considérer le peuple comme un être invisible et sans limites déterminées; mais jamais on ne le trouve à cet état d'abstraction. Le besoin de traduire en caractères visibles et organiques leur unité invisible, existe constamment chez tous les peuples. L'État donne un corps à l'unité nationale, dont les bornes sont dès lors rigoureusement posées. Si maintenant on cherche ce qui donne naissance à l'État, on trouve, comme pour le droit en général, une nécessité supérieure, une force interne qui veut s'épancher au dehors, et imprime à l'État un caractère individuel. Cette force enfante l'État comme elle enfante le droit, et l'on peut même

regarder la réalisation de l'État comme l'acte le plus haut de sa puissance.

Arrivés à ce point de vue, si nous reportons nos regards sur l'ensemble du droit, nous voyons qu'il se divise en deux branches, le droit *politique* et le droit *privé*. L'un a pour objet l'État, c'est-à-dire, la manifestation organique du peuple; l'autre embrasse tous les rapports de droit existant entre les particuliers, et est la règle ou l'expression de ces rapports (*a*). Mais ces deux genres de droit ont plusieurs traits de ressemblance et de points de contact. Ainsi, la constitution de la famille, l'autorité du père et l'obéissance des enfants, offrent une analogie frappante avec la constitution de l'État, et plusieurs corporations ont à peu près les mêmes conditions d'existence que les individus. Mais ce qui distingue profondément le droit politique du droit privé, c'est que l'un ne s'occupe que de l'ensemble et considère les individus comme un objet secondaire; l'autre a pour but exclusif l'individu lui-même, et ne s'occupe que de son existence et de ses différents états.

Cependant, l'État exerce sur le droit privé de nombreuses influences, et d'abord quant à sa

(*a*) L. 1 de J. et J. (I, 1). Publicum jus est quod ad statum rei Romanæ spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem. Sunt enim quædam publice utilia, quædam privatim. Cf., L. 2, § 46, de orig. jur. (I, 2).

réalité même. En effet, c'est l'État qui personnifie le peuple et lui donne la capacité d'agir. Si, hors de l'État, on peut concevoir comme abstraction un droit privé, fondé sur une communauté d'idées et de mœurs, dans l'État, l'établissement du pouvoir judiciaire donne seul au droit privé la réalité et la vie. Mais il ne faut pas croire qu'il y ait effectivement dans l'histoire une époque antérieure à la fondation de l'État, et où le droit privé ait eu cette existence incomplète (état de nature). Chaque peuple, dès qu'il fait acte de vie, est déjà constitué comme État, quelle qu'en soit d'ailleurs la forme. Cet état de nature est donc une hypothèse que crée notre esprit, lorsqu'il considère le peuple, abstraction faite de l'État.

Les rapports des individus avec le droit général reçoivent de l'État leur réalité et leur complément. Le droit est l'expression de l'esprit commun de la nation (§ 7, 8), et par conséquent de sa volonté, qui est aussi la volonté de tous les individus. Mais chaque individu peut, en vertu de sa liberté, agir contre l'idée et la volonté manifestées par lui comme membre de la nation. Cette contradiction est l'injustice ou la violation du droit, qui doit être réprimée si l'on veut conserver au droit son empire et son existence. Pour que cette répression ne soit pas l'effet du hasard, pour qu'elle s'exécute d'une manière ré-

gulière et certaine, il faut l'intervention de l'État. C'est dans l'État seulement que les règles du droit peuvent être opposées aux individus, comme quelque chose d'extérieur et d'objectif, et, sous ce nouveau rapport, la violation du droit, toujours possible à la liberté individuelle, se trouve enchaînée et absorbée par la volonté générale.

L'État a encore une influence décisive sur la formation du droit privé, non-seulement sur son contenu, j'en parlerai plus bas, mais sur les limites dans lesquelles cette formation s'opère. En effet, la communauté nationale, concentrée dans un seul État, a bien plus d'action et de puissance qu'elle n'en pourrait avoir si elle s'étendait à plusieurs États, même d'une origine commune; car mille obstacles en relâcheraient les liens. L'unité de l'État n'exclut même pas l'établissement de certains droits particuliers (§ 7), dès qu'ils ne portent pas atteinte aux caractères essentiels de son unité. Mais ici il ne faut pas attribuer à l'État une influence exagérée et exclusive de tous autres rapports. Au moyen âge, par exemple, après la chute de l'empire d'Occident, on trouve divers États germaniques composés à la fois de Germains et de Romains. Dans ces divers États, les sujets romains suivaient tous le même droit romain, les sujets germains des droits germaniques à peu près semblables; et cette commu-

nauté de droits, plus ou moins parfaite, subsistait toujours, malgré la division des États.

Pour ne pas laisser incomplète la classification des droits qui existent concurremment dans les limites de l'État, j'ai quelque chose à ajouter ici. Sans mettre des bornes à la création du droit, sans prétendre que l'État n'ait d'autre fonction que de protéger le droit, on peut dire que sa première mission, et la plus indispensable, est de traduire le droit en caractères visibles et d'en assurer l'autorité, ce qui comprend deux ordres d'action : 1° L'État doit protection à l'individu attaqué dans son droit, et l'on appelle *procédure civile* les règles qu'enfante cet ordre d'action; 2° indépendamment de tout intérêt privé, l'État doit maintenir le droit lui-même et en réprimer la violation. Il y parvient au moyen des peines, et ici, dans le domaine plus restreint du droit, la volonté humaine imite la loi d'expiation morale, qui plane dans une sphère plus élevée (*b*). Les règles qui dominent cette action sont comprises sous le nom de *droit criminel*, dont la *procédure criminelle* ne forme qu'une partie (*c*).

(*b*) En ce sens, on peut dire que la doctrine morale de la réparation, considérée sous un certain aspect, est un droit que l'État doit faire respecter. Cf. Hegel, Naturrecht, §§ 102, 103, 220. Klenze, Lehrbuch des Strafrechts, p. x-xvii.

(*c*) Le droit positif de chaque peuple détermine si l'État exercera ce droit par lui-même ou s'il en abandonnera la

Ainsi, la procédure civile, le droit criminel et la procédure criminelle, rentrent dans le droit politique. Ce point de vue était celui des Romains, et si l'on s'en est écarté dans les temps modernes, cela tient à cette circonstance, que souvent la pratique du droit criminel a été confiée aux magistrats chargés de soutenir le droit privé, et la réunion de ces deux fonctions dans les mêmes mains leur a donné un certain caractère de ressemblance. Quant à la procédure civile, l'action de l'État se trouve tellement liée aux droits des particuliers, que dans la réalité il est impossible de les séparer complétement; mais cela ne change rien à la nature essentielle de ces différentes parties du droit. Aussi, pour embrasser à la fois ce double point de vue, a-t-on coutume, et non sans raison, de substituer à l'expression de droit politique, l'expression plus générale de droit public, qui se trouve comprendre la procédure civile et le droit criminel, et c'est celle dont je me servirai désormais.

Le droit public est encore en contact avec le droit ecclésiastique. Humainement parlant, l'Église, considérée comme communauté, comme corporation, pourrait appartenir à la fois au

poursuite aux particuliers lésés. Ce dernier système était celui des peines privées des Romains; mais les développements de l'autorité publique tendent à établir partout le système contraire.

droit public et au droit privé, et être comprise dans leur domaine. Mais son empire sur l'homme intérieur repousse une pareille assimilation. L'histoire nous montre que l'Église et son droit ont, suivant les époques, occupé dans l'État une place bien différente. Chez les Romains, le *jus sacrum* faisait partie du droit public et était réglé par l'État (*d*). Le christianisme, à cause de son universalité, ne saurait être soumis à une direction purement nationale : l'Église, au moyen âge, voulut s'élever au-dessus des États et les dominer : pour nous, nous devons considérer les diverses églises chrétiennes comme existant à côté de l'État, mais ayant avec lui une foule de points de contact et de rapports intimes. Dès lors, le droit ecclésiastique nous apparaît comme un droit spécial à la fois indépendant du droit public et du droit privé.

§ X. *Divergence des opinions sur la formation de l'État.*

La théorie qui précède, sur la nature et l'origine de l'État, est loin d'être généralement admise. D'abord, on a souvent supposé des réunions d'hommes, indéterminées et indépendantes de l'unité nationale. Mais cette opinion tombe de-

(*d*) L. 1, § 2 de J. et J. (I, 1.)

vant ce seul fait, qu'à toutes les époques ce sont les peuples qui constituent les États, et que partout nous trouvons un peuple qui en forme la base. On a essayé quelquefois dans les États à esclaves de l'Amérique, par exemple, de réunir de grandes masses d'hommes, sans égard à leur origine. Mais ces essais ont eu des conséquences funestes, et l'organisation de l'État a rencontré des obstacles insurmontables. J'opposerai donc aux partisans de cette opinion, que, dans l'origine et d'après la nature même des choses, tous les États ont été formés au sein du peuple, par le peuple et pour le peuple.

D'autres nous représentent la création de l'État comme un acte des volontés individuelles, comme l'effet d'un contact, système dont les conséquences sont aussi pernicieuses que fausses. Ainsi, on suppose que si les individus ont trouvé bon de former un État, ils auraient pu aussi bien n'en pas former du tout ou s'incorporer à un autre État, ou bien enfin adopter une autre constitution. Sans rappeler ici ce que j'ai dit de l'unité naturelle des peuples et de ses conséquences nécessaires, je remarquerai seulement que là où une pareille convention est possible, l'État existe infailliblement et de fait et de droit; dès lors, il ne s'agit plus de sa composition première, mais de sa décomposition. Ce système erroné repose sur une double méprise. Les nombreuses variétés

que présente l'organisation des États, c'est-à-dire, l'élément historique et individuel, ont été regardées comme autant d'actes arbitraires de la volonté humaine. Ensuite, on a confondu constamment, et souvent sans s'en apercevoir, les diverses significations du mot générique peuple. Ainsi, on entend par peuple : 1° cette unité naturelle au sein de laquelle l'État prend naissance et se perpétue de générations en générations : là il ne peut être question de volonté ni de choix ; 2° la réunion des contemporains que l'État renferme à une époque déterminée ; 3° la réunion des individus étrangers au pouvoir, c'est-à-dire, les gouvernés sans les gouvernants ; 4° dans les républiques, l'ancienne Rome par exemple, l'assemblée des citoyens, organisée par la constitution et où résidait la souveraineté. La confusion de toutes ces idées a conduit à attribuer à l'ensemble des gouvernés, tant le droit idéal du peuple considéré comme unité naturelle [1] que les priviléges du *populus* romain [4], et à placer ainsi la souveraineté entre les mains des sujets. Si même, sans faire ce dernier pas, on attribue la souveraineté à la réunion de tous les individus contemporains gouvernants et gouvernés [2], on n'arrive pas à un résultat plus vrai. D'abord l'État ne se compose pas de tous les individus pris par tête, mais de certaines catégories que crée la constitution. En effet, ce n'est jamais la totalité

des individus qui veut et qui agit, et si l'on en retranche nécessairement le plus grand nombre, les femmes et les mineurs, on est réduit à la vaine fiction de la représentation. Enfin, la réunion de tous les individus contemporains ne formerait pas encore le peuple, car le peuple, considéré sous ce point de vue, se continue dans l'avenir et a une existence impérissable (§ 7, 8).

Il y a pourtant dans l'opinion que je combats un élément de vérité. Le hasard et la volonté arbitraire de l'homme exercent leur influence sur la formation des États : souvent la conquête a déplacé les frontières naturelles, démembré les peuples et rompu leur unité. Souvent aussi l'État s'assimile un élément étranger; mais cette assimilation ne s'opère que par degrés et d'après certaines lois naturelles, une unité fortement constituée, avec laquelle le nouvel élément ait une relation intime. De semblables événements, quoique fréquents dans l'histoire, n'en sont pas moins des anomalies. Le peuple et son développement organique demeurent toujours comme la base et l'origine naturelle et régulière de l'État. Si, au milieu de ce travail, les événements extérieurs lui apportent un élément étranger, un peuple sain et vigoureux peut l'absorber par son énergie morale, sinon un état maladif est le résultat de cette lutte. Ainsi s'explique comment ce qui fut dans l'origine injustice et violence,

soumis à cette puissance d'assimilation, peut, en se transformant, devenir un élément légitime de l'État. Mais présenter ces anomalies, ces épreuves que doit subir la force morale, comme l'origine véritable des États, recourir à cette opinion aventureuse comme unique refuge contre la doctrine dangereuse d'un contrat social (*a*); voilà ce qu'il faut absolument rejeter, car on ne sait en vérité si le remède ne serait pas pire que le mal.

§ XI. *Droit international.*

Si l'on cherche le rapport des peuples et des États entre eux, on trouve précisément celui qui existerait entre un certain nombre d'individus de différentes nations, que le hasard aurait réunis. Si tous étaient des hommes civilisés et animés de bonnes intentions, ils appliqueraient dans cette société accidentelle, les idées de droit qu'ils avaient antérieurement, et se créeraient ainsi un droit nouveau plus ou moins imité, plus ou moins emprunté. Des États indépendants peuvent aussi, dans leurs relations mutuelles, appliquer leurs droits particuliers dans la mesure des convenances et de leur intérêt, sans que cela constitue un droit. Mais il peut exister entre plusieurs

(*a*) Haller, Restauration des Staatswissenschaft.

nations une communauté d'idées semblable à celle qui crée le droit positif de chaque peuple. Cette communauté d'idées, fondée sur des rapports d'origine ou de croyances religieuses, constitue le droit international, tel que nous le voyons chez les peuples chrétiens de l'Europe, droit qui n'était pas inconnu aux peuples de l'antiquité et que nous retrouvons chez les Romains sous le nom de *jus feciale*. On peut donc considérer le droit international comme un droit positif, mais comme un droit positif imparfait, d'abord à cause de l'indétermination de son contenu, et parce qu'ensuite il lui manque cette base réelle sur laquelle repose le droit positif de chaque peuple, la puissance de l'État et surtout l'autorité judiciaire (§ 9).

Les progrès de la civilisation fondée par le christianisme nous ont conduit, à observer un droit analogue dans nos relations avec tous les peuples du monde, quelle que soit leur croyance et sans réciprocité de leur part. Mais l'application de ces principes a un caractère purement moral et rien qui ressemble à un droit positif.

§ XII. *Droit coutumier.*

G. F. Puchta, das Gewohnheitsrecht, B. 1, 2. Erlangen, 1828, 1837-8.

Le droit du peuple qui se développe d'une manière invisible, et dont on ne peut rapporter

l'origine à un fait extérieur, ou à une époque déterminée, a été reconnu de tout temps. Mais la reconnaissance de ce droit est en quelque sorte demeurée stérile, parce qu'on lui assignait un objet trop restreint, et qu'on s'était fait une idée fausse de sa nature. Le premier point ne peut être éclairci que quand j'aurai parlé de la législation; et l'erreur sur la nature du droit du peuple tient à la dénomination de droit coutumier qu'on lui donne quelquefois.

L'expression de droit coutumier peut donner lieu à une suite de fausses inductions. Ainsi, on peut s'imaginer que, dans l'origine, la solution d'une question de droit fut abandonnée, comme chose indifférente, à l'arbitraire et au hasard; que le même cas se représentant, au lieu de chercher une solution nouvelle, on trouva plus facile d'adopter la première, et que cette méthode une fois introduite, parut de jour en jour plus naturelle. Telle solution qui d'abord n'avait pas plus de chance d'être adoptée que la solution contraire, devint règle de droit au bout d'un certain temps, et c'est ainsi que la coutume seule a engendré le droit.

Si l'on examine la véritable base de tout droit positif, on trouve un ordre de principes et de conséquences bien différent. La base du droit positif a son existence et sa réalité dans la conscience générale du peuple. Mais cette conscience,

invisible de sa nature, à quoi la reconnaîtrons-nous? Nous la reconnaîtrons aux actes extérieurs qui la manifestent, aux usages, aux mœurs, aux coutumes. Une suite d'actes uniformes trahit une source commune, la croyance du peuple; et rien ne ressemble moins au hasard et à l'arbitraire. Ainsi donc, la coutume n'engendre pas le droit positif, elle est le signe auquel on le reconnaît.

Il y a néanmoins dans l'opinion que je réfute un côté de vérité qu'il s'agit seulement de réduire à sa juste valeur. En effet, si les principes fondamentaux du droit positif qui vivent dans la croyance du peuple, ne peuvent jamais être méconnus, la réalité des principes secondaires est moins évidente; pour en avoir une conscience nette et distincte, le peuple lui-même a besoin de les voir souvent appliqués (*a*), et ce besoin se fait d'autant plus sentir chez un peuple, que la force créatrice du droit s'y développe avec moins d'énergie. J'ajouterai que certaines parties du droit positif offrent un caractère d'indétermination qui demande à être fixé par une règle quelconque. Telles sont les dispositions exprimant un nombre dont les limites extrêmes laissent toujours un champ assez large à l'arbitraire, les règles sur les prescriptions, par exemple, ou

(*a*) Puchta, II, p. 8, 9 : « La coutume, pour le peuple qui l'a établie, est un miroir où il se reconnaît. »

celles relatives à la forme extérieure des actes. Dans de semblables cas, nos jugements et nos déterminations antérieures deviennent pour nous des autorités, et, en ce sens, la coutume est un des éléments du droit : ici agit la loi de continuité des opinions, des actes, des circonstances, loi qui exerce encore une grande influence sur diverses matières du droit (*b*).

Cette réaction de la coutume sur le droit n'a un caractère d'infériorité que parce qu'on se représente l'adoption d'une coutume comme un acte irréfléchi et déterminé par des circonstances purement accidentelles. Mais si cette adoption est le résultat d'une délibération de l'intelligence, il n'y a là rien qui porte atteinte à la dignité du droit. Quoique l'expression de droit coutumier, considérée sous cette double face, ait aussi sa légitimité, cependant on doit souhaiter de voir restreindre son domaine, à cause des nombreuses erreurs mêlées à son origine et qu'il nous a transmises.

(*b*) Ainsi, par exemple, quand il s'agit de déterminer par qui la preuve doit être faite, pour changer un état de choses existant. Elle exerce également son influence sur la possession, l'usucapion, la prescription de la plainte, les précédents judiciaires (§ 20), mais en se combinant avec d'autres éléments. C'est un point de vue général que je ne fais qu'indiquer ici; j'entrerai dans les détails quand je traiterai de ces diverses matières.

La coutume, une fois reconnue comme signe du droit positif, et comme un des éléments qui concourent à la formation du droit, deux classes de faits se placent en première ligne, à cause de leur importance et de leur fécondité : ce sont les formes symboliques rapportées par l'histoire du droit, et les jugements des tribunaux populaires(*c*). Les unes traduisent en caractères visibles le sens des institutions ; les autres, appelés à régler un conflit entre des prétentions rivales, déterminent nécessairement le droit avec une précision rigoureuse.

(*c*) Si j'attache ici une importance particulière aux jugements populaires, c'est par opposition aux décisions savantes qui, dans les temps modernes, émanent de colléges permanents (§ 14). Ce caractère se retrouve évidemment dans les jugements par échevins des peuples germaniques et dans les *res judicatæ* des Romains, non, comme on le pourrait croire, parce que les *judices* étaient des personnes privées, car le point de droit, et c'est ici la chose importante, était toujours réglé par le préteur ; mais parce que le préteur, étant élu chaque année et n'appartenant à aucune corporation savante, représentait l'esprit général de la nation. Aussi les Romains eux-mêmes regardaient-ils les *res judicatæ* comme sources du droit et comme émanant du préteur. Auctor ad Herennium, II, 13. — Mais cela doit s'entendre des affaires ordinaires, pour chacune desquelles le préteur nommait un juge, ou du moins un petit nombre de juges. Dans les affaires centumvirales, les centumvirs connaissaient du fait et du droit, car on ne leur donnait pas de formule, et telle est l'origine de la *querela inofficiosi.*

Quand je dis que l'application du droit est un signe de son existence, cela doit s'entendre d'un signe médiat, seulement nécessaire à ceux qui le considèrent d'une manière extérieure, et sans appartenir à la communauté au sein de laquelle le droit trouve son origine et son développement (§ 7, 8). Pour les membres de cette communauté, le droit existe indépendamment de son application : c'est une réalité dont ils ont directement conscience (§ 30).

§ XIII. *Législation.*

Quand le droit positif aurait atteint le plus haut degré d'évidence et de certitude, on pourrait encore chercher à s'y soustraire par ignorance ou par mauvais vouloir. Il peut donc être nécessaire de lui donner un signe extérieur qui le mette au-dessus de toutes les opinions individuelles, et facilite la répression de l'injustice. Le droit positif, traduit par la langue en caractères sensibles, revêtu d'une autorité absolue, s'appelle loi, et la confection de la loi est un des plus nobles attributs du pouvoir suprême de l'État. La législation peut avoir pour objet le droit public aussi bien que le droit privé, mais c'est surtout dans ses rapports avec le droit privé que je la considère.

Si l'on se demande quel est le sujet de la loi,

on trouve ce sujet déterminé par la nature même du pouvoir législatif, c'est le droit populaire déjà existant : en d'autres termes, la loi est l'expression du droit populaire. Pour en douter, il faudrait se figurer le législateur comme en dehors de la nation; mais, au contraire, placé au centre de la nation, il en réfléchit l'esprit, les opinions, les besoins, et doit être regardé comme le véritable représentant de l'esprit national. Et qu'on ne croie pas que cette position dépende de la forme donnée au pouvoir législatif par la constitution politique de l'État? Que la loi soit faite par le prince, par un sénat, par une assemblée élective, ou par le concours de ces divers pouvoirs, il n'y a rien là qui change essentiellement les rapports du législateur et du peuple; et c'est une erreur, déjà signalée plus haut, de croire que, pour représenter l'esprit de la nation, la loi doive nécessairement émaner d'une assemblée élective.

La doctrine que je viens d'exposer sur la nature et le sujet de la loi a été souvent mal comprise. On a cru qu'elle assignait au législateur un rôle secondaire au-dessous de sa dignité, et qu'elle condamnait tacitement la législation entière comme inutile et même comme dangereuse. Je réfuterai cette erreur en montrant l'influence réelle exercée par la législation sur la formation du droit, et toute l'étendue de cette influence

légitime, influence qui se manifeste sous un double point de vue, car la législation complète le droit positif, et l'aide dans son développement progressif. Je rappellerai ici ce que j'ai dit plus haut (§ 12), au sujet du droit coutumier. Quelle que soit la certitude des principes fondamentaux du droit positif, une foule de détails peuvent rester indéterminés, surtout chez un peuple dont l'activité ne s'est pas tournée de préférence vers la formation du droit. Ainsi, pour toutes les règles qui laissent une place assez large à l'arbitraire, celles par exemple qui fixent des délais, le droit populaire a besoin d'un complément; et quoique ce complément puisse venir de la coutume, la législation l'offre d'une manière plus prompte et plus sûre.

La législation a une action plus grande encore sur le développement progressif du droit. Lorsque le changement des mœurs, des opinions, des besoins, exige le changement du droit, ou que la marche du temps appelle des institutions nouvelles, ces nouveaux éléments peuvent être fournis par la force invisible qui a créé le droit positif. Mais ici surtout l'intervention du législateur se montre bienfaisante et même indispensable. Comme les diverses causes dont j'ai parlé n'agissent que lentement, et par degrés, il y a nécessairement une époque de transition, où le droit est incertain, et c'est cette incertitude que

la loi est appelée à faire cesser. D'un autre côté, les diverses institutions du droit s'enchaînent et réagissent les unes sur les autres ; chaque principe nouveau peut donc, sans qu'on s'en aperçoive, contredire d'autres principes d'ailleurs non contestés. Pour aplanir ces difficultés, il faut des réflexions, des combinaisons, qui ne peuvent guère venir que d'une action personnelle (*a*).

Ces principes acquièrent un nouveau degré d'évidence, quand le droit qu'il s'agit de modifier est fixé par une loi. La force cachée, qui travaille sans relâche à la formation du droit, se trouve alors enchaînée par l'autorité inhérente aux textes, ou gênée d'une manière fâcheuse (*b*); enfin, nous voyons dans l'histoire de tous les peuples des époques où les circonstances s'op-

(*a*) Stahl, Philosophie des Rechts, II, 1, p. 140.

(*b*) Tel est le véritable sens de ce passage de Goethe souvent mal compris : « Les lois et le droit, semblables à un mal héréditaire, se transmettent de génération en génération, et s'étendent insensiblement de pays en pays. L'intelligence devient sottise; le bienfait, tourment. Malheur à toi d'être né petit-fils ! mais du droit né avec nous, hélas ! il n'en est jamais question ! » Ainsi on a cru à tort que le poëte faisait ici la satire du droit positif, et se plaignait que le droit naturel ne fût pas seul suivi. Je suis loin de prétendre que les idées que j'expose se soient présentées à Goethe dans le même enchaînement; mais c'est le privilége du génie d'arriver par une intuition directe aux résultats que nous n'obtenons qu'avec effort et par une longue suite de déductions.

posent à ce que le droit sorte, comme dans les temps primitifs, de la conscience commune de la nation (§ 7); alors le législateur s'empare de ce travail qui ne peut demeurer interrompu. Jamais ce changement ne s'est opéré d'une manière plus visible et plus soudaine que sous Constantin, et, à partir de son règne, le droit ne fut plus continué que par les lois nombreuses des empereurs.

D'après les explications qui précèdent, on voit que la législation n'est nullement inférieure au droit populaire pur, c'est-à-dire, non formulé par une loi. Mais ce serait une erreur non moins grande de croire que le droit populaire soit uniquement destiné à combler les lacunes accidentelles de la législation, et qu'il doive disparaître du moment que l'on écrit les lois, car il s'ensuivrait nécessairement qu'une loi ne pourrait être abrogée par un usage contraire. Si donc l'on place ces deux formes du droit sur la même ligne, on ne voit pas pourquoi une circonstance accidentelle, l'adoption d'un principe par la législation, viendrait enchaîner le droit populaire et arrêter son action.

Jusqu'ici je ne me suis occupé que du contenu de la loi, il me reste à parler de sa forme. La forme de la loi est déterminée par la nature même du pouvoir dont elle émane, et par l'autorité absolue dont elle est revêtue. Rien ne ré-

pond mieux à son origine et à son objet que la forme abstraite de la règle et du commandement. Tout ce que l'on pourrait y joindre, expositions, développements propres à opérer la conviction, est étranger à la loi et rentre dans une autre sphère d'idées. Il y a ici un défaut de proportion entre la loi et l'institution de droit, dont la nature organique ne peut être épuisée par une règle abstraite. Néanmoins, pour faire une bonne loi, le législateur doit saisir dans son ensemble la nature organique de l'institution, et, par un procédé artificiel, en tirer la prescription abstraite de la loi. De même le juge, par une opération inverse, doit recomposer l'ensemble organique dont la loi ne montre qu'une seule face. Mais quand la loi se borne à aider le développement du droit et à en combler les lacunes, ce défaut de proportion et la nécessité d'y suppléer par un procédé artificiel deviennent moindres, car ces lacunes ont un caractère de particularité et d'abstraction qui se prête à la forme abstraite de la loi.

§ XIV. *Droit scientifique.*

La marche naturelle de la civilisation amenant la division du travail et des connaissances, la société se partage en différentes classes où chacune tourne son activité vers un but spécial.

Ainsi le droit, qui d'abord vivait dans la conscience du peuple, par suite des nouveaux rapports que crée la vie réelle, prend un tel développement, que sa connaissance cesse d'être accessible à tous les membres de la nation. Alors se forme une classe spéciale, celle des jurisconsultes, qui, dans le domaine du droit, représentent le peuple dont ils font partie. Ce n'est là qu'une forme nouvelle sous laquelle le droit populaire poursuit son développement, et dès lors il a une double vie. Ses principes fondamentaux subsistent toujours dans la conscience de la nation, mais leur détermination rigoureuse et les applications de détail appartiennent aux jurisconsultes.

Les formes extérieures que revêt l'activité des jurisconsultes sont l'image de l'établissement progressif de cette classe. D'abord on les voit donner des conseils dans certains cas spéciaux, concourir à la décision d'un procès (*a*), indiquer les formes nécessaires à la solennité d'un acte, et leurs premiers essais littéraires sont ordinairement des recueils de formules, et des instructions toutes pratiques sur les formalités requises pour la confection des actes solennels. Peu à peu leurs travaux prennent un caractère plus noble.

(*a*) Il y eut d'abord des consultations verbales des *advocati*, plus tard des *responsa* par écrit.

La science commence à naître, à avoir sa théorie et sa pratique : sa théorie, dans les doctrines exposées par les livres et les communications orales; sa pratique, dans les décisions des tribunaux qui diffèrent des anciens jugements populaires, par l'instruction scientifique des magistrats et les traditions qui s'établissent au sein de colléges permanents. Ainsi donc, les jurisconsultes exercent sur le droit une double action; l'une créatrice et directe, car, réunissant en eux presque toute l'activité intellectuelle de la nation, ils continuent le droit comme ses représentants; l'autre purement scientifique, car ils s'emparent du droit, quelle que soit son origine, pour le recomposer et le traduire sous une forme logique. Cette dernière fonction des jurisconsultes nous les montre comme dans une position de dépendance, et agissant sur une matière donnée. Mais la forme scientifique qu'ils lui impriment, tendant sans cesse à développer et à compléter son unité, réagit sur le droit lui-même, lui donne une nouvelle vie organique, et la science devient un nouvel élément constitutif du droit. On voit au premier coup d'œil l'utilité et l'importance de cette réaction de la science sur le droit, mais elle a aussi ses dangers. Très-anciennement, les jurisconsultes romains composèrent, pour l'accomplissement de certains actes juridiques, des axiomes de droit (on en trouve plusieurs dans Gaius),

qui, transmis par la tradition, conservèrent longtemps leur autorité. Mais ces jurisconsultes et Justinien, qui emprunte leurs expressions (*b*), nous avertissent de ne pas nous attacher trop servilement à ces axiomes, de ne pas les regarder comme le fondement du droit (*c*), mais comme de simples tentatives de résumer le droit, d'en concentrer les résultats. Dans les temps modernes, cette réaction de la forme est bien plus étendue, bien plus variée, bien plus puissante; et tel est le danger des codes complets. Ils fixent le droit à l'état où il se trouve, ils l'immobilisent, et le privent des améliorations successives qu'amènent naturellement les progrès de la science.

Si l'on examine les rapports de la classe des jurisconsultes avec la législation, on en trouve

(*b*) L. 102 de R. J. (L. 17). « Omnis definitio in jure civili periculosa est : parum (rarum) est enim, ut non subverti possit. »

(*c*) L. 1 de R. J. (L. 17.) « Regula est, quæ rem quæ est breviter enarrat. Non (ut) ex regula jus sumatur, sed (ut) ex jure quod est regula fiat..... quæ, simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum. » Cela veut dire qu'on ne doit pas sacrifier à une règle une vérité concrète évidente. L'axiome : pas de règle sans exception, se présente ici naturellement; mais en ce cas, admettre une exception, c'est reconnaître que la règle a été posée d'une manière incomplète. Quelquefois aussi le législateur exprime ses prescriptions sous forme de règle, et alors les exceptions ne peuvent être admises qu'avec beaucoup de précaution.

de plus d'un genre. D'abord le droit, élaboré par eux, est, comme le droit populaire primitif, la matière de la législation; ensuite leurs connaissances spéciales ont sur la législation plusieurs degrés d'influence. Ce sont eux encore qui remanient les lois, et les font passer dans la vie réelle. La liberté et la variété des formes qu'ils emploient leur permettent de montrer l'identité existant entre la règle abstraite et l'institution vivante du droit; identité qui donne naissance à la loi, mais qui n'y est pas immédiatement visible (§ 13). Ainsi les travaux de la science facilitent l'application de la loi, et en assurent l'empire.

On voit donc que les jurisconsultes ont sur le droit positif une influence très-étendue. Ceux qui repoussent cette influence comme une injuste prétention, seraient fondés dans leur critique, si les jurisconsultes formaient une caste inaccessible à tous. Mais comme chacun peut devenir jurisconsulte, en faisant les études nécessaires, leur prétention se réduit à dire que celui qui consacre au droit le travail de sa vie entière, pourra, par ses connaissances, avoir sur le droit plus d'influence qu'un autre.

Le droit qui dérive de cette source, je l'appelle *droit scientifique*, d'autres l'appellent droit des jurisconsultes.

Quand j'indique le développement intellec-

tuel comme condition du droit scientifique, il ne faut pas entendre par là un haut degré de culture, souvent un simple commencement suffit, et l'on ne doit pas s'attendre à trouver là-dessus des délimitations bien rigoureuses. Une observation plus importante, c'est que, dans un état de civilisation peu avancé, le droit scientifique peut naître, quand la constitution politique attribue la connaissance presque exclusive du droit à une certaine classe de citoyens. Ainsi nous voyons, à Rome, une *auctoritas prudentium* dans un temps où il n'y avait pas encore la moindre trace de besoins scientifiques. Cette autorité se rattache à la fois aux connaissances spéciales des pontifes, et aux priviléges des patriciens (*d*).

§ XV. *Des sources du droit dans leur ensemble; nature et origine de leur contenu.*

De l'exposition qui précède, il résulte que, dans l'origine, tout droit positif est droit populaire, qu'à côté de ce droit populaire, et souvent de très-bonne heure, la législation vient se placer comme complément et garantie. Si les pro-

(*d*) L. 2, § 5, 6, de orig. jur. (I, 2.) — Ce n'est pas ici le lieu d'examiner quel degré de confiance mérite ce point historique.

grès de la civilisation font naître le droit scientifique, alors le droit populaire a deux organes, qui tous deux vivent de leur propre vie. Si, par la suite des temps, la force créatrice du droit vient à se retirer du peuple, c'est dans ces organes qu'elle continue de subsister. Alors le droit populaire primitif disparaît, pour ainsi dire, car ses parties les plus importantes ayant passé dans la législation ou dans la science, ne sont plus visibles que sous ces formes. Comme le droit populaire peut se trouver ainsi caché par la loi et la science, au sein desquelles il poursuit sa durée, sa véritable origine peut être aisément oubliée et méconnue (*a*). La législation surtout, par son autorité extérieure, a une telle prépondérance qu'on est facilement conduit à la regarder comme la seule source proprement dite du droit, et à ne voir dans tout le reste que des compléments secondaires. Mais le droit n'est dans son état normal que là où règne un con-

(*a*) Cette transformation des anciennes sources du droit se montre surtout dans le langage constant des temps postérieurs. Ce que l'on nommait autrefois les sources du droit, *leges, plebiscita*, *senatusconsulta*, etc., était depuis longtemps passé dans les écrits des grands jurisconsultes, à côté desquels se plaçaient les lois impériales dont le nombre s'augmentait tous les jours. Dès lors on disait que le droit se composait des *leges* ou *constitutiones* (constitutions impériales) et du *jus* ou *prudentia* (la littérature juridique). C'est ainsi que s'expriment

cours harmonieux entre ces diverses forces créatrices du droit, là où aucune ne s'isole des autres; et pour que la science et la législation, dont l'origine est essentiellement individuelle, ne marchent pas au hasard, il importe que le législateur et les jurisconsultes aient des idées saines sur l'origine du droit positif, et sur le rapport des diverses forces qui le constituent.

Cette relation intime de la législation et de la science avec le droit populaire qui leur sert de base, nous conduit à examiner plus attentivement la nature et le contenu de ce droit. Nous y trouvons deux éléments, l'un individuel et particulier à chaque peuple, l'autre général et fondé sur la nature commune de l'humanité. Ces deux éléments sont reconnus scientifiquement par l'histoire et la philosophie du droit. Parmi les auteurs qui se sont occupés d'approfondir la nature du droit, plusieurs le considèrent comme une idée absolue, sans s'embarrasser

plusieurs passages du *Commonitorium*, en tête du Bréviaire visigoth. Int. L. 2. C. Th. de dot. (III, 13.) Int. L. un. C. Th. de respons. prud. (I, 4.) Int. Cod. Greg., II, 2, 1. — Edictum Theodorici in epilogo. — Proem. Inst., § 2, 4. Const., *Deo auctore*, § 1, 2, 9, 11. Const., *Cordi*, pr. § 1, L. 5, C. quorum appell. (VII, 65.) Justiniani Sanctio pragmatica, § 11. — De même le droit anglais repose sur une double base, la *statute law* et la *common law*, et les actes du parlement tiennent la place des constitutions impériales.

des formes qu'il revêt dans son application réelle, et de l'influence de ces formes. Ceux mêmes qui ont pris la réalité du droit pour objet de leurs travaux, en ne reconnaissant qu'un seul de ces deux éléments, ont été conduits à des vues exclusives et incomplètes. Ainsi les uns, regardant le contenu du droit comme chose indifférente et accidentelle, se contentent de constater les faits, et les autres font planer au-dessus du droit positif un droit absolu et normal, que tous les peuples pourraient adopter et substituer à leur droit. Ceux-ci réduisent le droit à une abstraction sans vie, ceux-là méconnaissent la dignité de sa vocation. On évite ce double écueil en assignant au droit un but général, que chaque peuple est appelé à réaliser historiquement. Si les débats animés auxquels cette discussion a donné lieu ont mis la vérité dans tout son jour, souvent aussi un des deux éléments a été sacrifié dans la chaleur de la discussion; car on ne saurait nier qu'au milieu d'une recherche, consacrée en apparence aux détails, on ne puisse montrer l'intelligence de l'ensemble et le sens plus élevé des institutions du droit, de même qu'une recherche générale peut être animée par la compréhension de la vie historique des peuples. Si, mettant de côté tout ce qui tient à l'esprit de parti, chose vaine et périssable, on examine la marche scientifique de notre temps, on

reconnaîtra avec satisfaction que les opinions contraires tendent à se rapprocher, et que nous sommes en voie de progrès.

Le but général du droit sort de la loi morale de l'homme sous le point de vue chrétien. Car le christianisme ne se pose pas seulement comme règle de nos actions; en fait il a modifié l'humanité, et il se retrouve au fond de toutes nos idées, de celles même qui semblent lui être le plus étrangères et le plus hostiles. Reconnaître ce but général au droit, n'est pas le transporter dans une sphère plus vaste et le dépouiller de son indépendance : le droit est un élément spécial qui concourt à la fin commune et règne sans partage dans l'étendue de son domaine; le rattacher ainsi à l'universalité des choses, c'est seulement lui donner une vérité plus haute. Ce but suffit au droit, et il est inutile de lui en ajouter un second tout différent sous le nom de bien public, et de placer à côté d'un principe de morale un principe d'économie politique. En effet, l'économie politique, cherchant à étendre notre empire sur la nature extérieure, ne peut que vouloir multiplier et ennoblir les moyens qui conduisent à l'accomplissement de la destinée morale de l'homme, mais cela ne constitue pas un but nouveau.

Si l'on considère sous ce point de vue la création du droit chez les différents peuples, on voit

que le plus souvent ces deux éléments n'ont rien qui diffère, et qu'ils agissent comme deux forces identiques. Quelquefois aussi ils se trouvent opposés l'un à l'autre, se combattent et se limitent mutuellement, pour se réunir plus tard dans une unité supérieure. Au milieu de cette opposition se montre l'élément spécial ou national, et toutes les conséquences logiques qui en dérivent nous apparaissent comme la lettre du droit (*jus strictum, ratio juris*) (*b*). En cela, le droit est borné et restreint, mais il a la faculté de s'agrandir en adoptant les principes généraux conformes à sa nature.

D'un autre côté, l'élément général nous apparaît sous divers aspects, et là surtout où agit la nature morale du droit. Ainsi, la dignité morale et la liberté, communes à tous les hommes, le développement de cette liberté par les institutions du droit, toutes les conséquences pratiques dérivant de ces institutions, ce que les auteurs

(*b*) Je cite ici les expressions techniques des Romains, non comme exposé historique de leurs idées à cet égard, mais afin de mieux faire ressortir ces principes généraux, en les rattachant à des expressions techniques bien connues. Je montrerai, § 22, comment ces principes se lient aux idées reçues chez les Romains sur l'origine du droit. Voici un texte qui fait parfaitement ressortir leurs conséquences logiques, L. 51, § 2, ad L. Aquil. (IX, 2) : « Multa autem « jure civili, *contra rationem disputandi*, pro utilitate com- « muni recepta esse. »

modernes appellent *la nature des choses* (*æquitas* ou *naturalis ratio*), sont autant de manifestations immédiates et directes de l'élément général. L'élément général nous apparait encore, indirectement et mélangé : 1° dans ce qui tient à la morale en dehors du domaine du droit (*boni mores*), et, depuis Constantin, dans ce qui tient aux principes de l'Église ; 2° dans ce qui touche à l'intérêt de l'État (*publica utilitas, quod reipublicæ interest*); 3° dans les précautions naturelles prises en faveur des particuliers (*ratio utilitatis*), par exemple, les garanties données au commerce, la protection contre certains dangers accordée à certaines classes, les femmes et les mineurs. D'après cet examen, on peut établir les classifications suivantes. Le droit est pur et sans mélange (*strictum jus, æquitas*), ou bien il se combine avec d'autres principes étrangers à son domaine, mais qui concourent à la même fin (*boni mores*, et tous les genres d'*utilitas*).

L'existence des deux éléments du droit positif une fois reconnue, l'élément général et l'élément individuel, une nouvelle carrière s'ouvre pour la législation. En effet, comme les progrès du droit tiennent à l'action réciproque de ces deux éléments, le législateur doit avoir devant les yeux le but général et s'en rapprocher constamment, sans néanmoins porter atteinte à l'énergie de la vie individuelle. Dans cette voie se présentent

bien des lacunes à combler, bien des obstacles à aplanir, et l'autorité législative peut prêter la plus heureuse assistance à l'action insensible de l'esprit populaire. Mais on ne saurait trop se mettre en garde contre l'arbitraire et les vues exclusives, de peur d'étouffer la vie et les progrès du droit. Là surtout il faut que le législateur ait l'intelligence de la liberté véritable, et voilà souvent ce qui manque le plus à ceux qui ont toujours à la bouche le nom de la liberté.

§ XVI. *Droit absolu. Droit supplétif. Droit normal. Droit anomal.*

Les parties constitutives du droit objectif nous présentent un contraste qui doit être étudié ici, à cause des influences nombreuses qu'il exerce sur les matières dont je vais traiter.

Si l'on considère la relation existant entre les règles de droit et les rapports de droit qu'elles dominent (§ 5), on trouve à ces règles un double caractère. Les unes commandent d'une manière nécessaire et invariable sans laisser de place aux volontés individuelles : ces règles, je les appelle absolues ou impératives. Leur caractère de nécessité peut tenir à l'organisme du droit lui-même, ou à des intérêts politiques, ou enfin à la morale (§ 5). D'autres, au contraire, laissent un champ libre aux volontés individuelles, et

quand elles ont négligé de s'expliquer, alors seulement se présente la règle pour déterminer le rapport de droit. Ces règles destinées à suppléer l'expression incomplète des volontés individuelles, je les appelle droit supplétif. Cette distinction a été formellement reconnue par les jurisconsultes romains. Pour désigner les règles de la première espèce, ils emploient ordinairement les expressions suivantes : *jus publicum* (*a*), *jus* (*b*), *jus commune* (*c*), *juris forma* (*d*). Souvent aussi ils indiquent le motif de ces règles absolues, l'intérêt de l'État (*e*) ou les bonnes mœurs (*f*). Quant aux règles de la seconde espèce, dont la nature est surtout déterminée par leur opposition à celles de la première espèce, ils ne les désignent pas avec des termes aussi précis (*g*). Les auteurs

(*a*) L. 38 de pactis (II, 14), L. 20 pr. de relig. (XI, 7), L. 42, de op. lib. (XXXVIII, 1), L. 45, § 1, de R. J. (L. 17).

(*b*) L. 12, § 1 de pactis dot. (XXIII, 4), L. 27 de R. J. (L. 17), etc.

(*c*) L. 7, § 16 de pactis (II, 14).

(*d*) L. 42 de pactis (II, 14), L. 114, § 7 de leg. (I, 30), L. 49, § 2 de fidej. (XLVI, 1).

(*e*) L. 27, § 4, L. 7, § 14 de pactis (II, 14), publica causa, res publica.

(*f*) *Consultatio*, § 4 passim.

(*g*) Res familiaris, privata, ad voluntatem spectans. L. 7, § 14, L. 27, § 4 de pactis (II, 14), L. 12, § 1 de pactis dot. (XXIII, 4), L. 27 de R. J. (L. 17). Je traiterai, ch. IV, de la différence qui existe entre ces deux espèces de règles de droit.

modernes reproduisent la même idée, quand ils disent que la loi commande, défend ou permet (*h*); mais ils ont tort de n'employer ces classifications que pour les lois, car elles existent également pour le droit coutumier. Ensuite, la distinction entre les lois impératives et les lois prohibitives n'est établie que sur la forme affirmative ou négative employée par le législateur, circonstance en elle-même indifférente, et qui ne peut fonder une classification; enfin, il n'est pas exact de dire que la loi permet : elle supplée une volonté incomplète; cette permission ne pourrait se rapporter qu'à une défense antérieure que la loi lèverait ou restreindrait en partie. On range ordinairement dans cette troisième classe de lois celles qui permettent quelque chose à une certaine classe de personnes, et qui, par conséquent, nient une incapacité.

Parmi les expressions techniques ci-dessus mentionnées, il en est une qui mérite un examen particulier à cause des nombreuses méprises auxquelles ses différentes significations ont donné lieu, c'est celle de *jus publicum*. *Publicum* est en

(*h*) Glück I, § 14.—Ce qui a donné lieu à cette division, c'est la L. 7 de Leg. (I, 3), où l'on trouve néanmoins un membre de plus : « Legis virtus est imperare, vitare, permittere, « punire. » Mais, dans ce passage, le jurisconsulte a voulu simplement indiquer les principaux effets de la loi, et non poser les bases d'une classification.

général synonyme de *populicum*, ce qui se rapporte au peuple. D'abord, *populus* peut désigner le *populus romanus*, comme on le trouve fréquemment, ou le *populus* d'une ville déterminée (*i*). Ensuite, *publicum* peut concerner le *populus* pris dans son ensemble : ex., *ager publicus*, *bonorum publicatio*, etc., ou tous les membres du peuple pris isolément, par exemple, les *res publicæ* dont tous les particuliers ont l'usage (*k*). Quant à l'expression *jus publicum*, elle peut désigner des rapports très-différents du *jus* au *populus*. Ainsi, *publicum jus* peut désigner le droit public, c'est-à-dire, les règles de droit qui ont le peuple pour objet (§ 9, *a*), les règles du droit en général (le droit objectif) qui tirent leur origine du consentement du peuple (§ 7, 8) (*l*); enfin, les règles du droit privé auxquelles le peuple a un intérêt (*publice interest*, *publica utilitas*), et qui ne sauraient être changées par les volontés individuelles; en d'autres termes, les règles absolues (note *a*). Non-seulement *jus publicum* s'applique aux règles du droit (au droit objectif), mais encore aux droits des particuliers (au droit subjectif). Ainsi, on

(*i*) L. 15 de V. S. (L. 16), L. 16 eod., L. 9 de usurp. (XLI, 3).

(*k*) L. 5 pr. de div. rer. (I, 8), L. 7, § 5. L. 14, pr. L. 30, § 1, L. 65, § 1 de adq. rer. dom. (XLI, 1), L. 6, pr. L. 72, § 1, de contr. emp. (XVIII, 1), L. 45, pr. de usurp. (XLI, 3).

(*l*) L. 8 de tut. (XXVI, 1), L. 77, § 3 de cond. (XXXV, 1), L. 116, § 1 de R. J. (L. 17), L. 8, 14. C. de Judæis (I, 9).

appelle *jus publicum* le droit de tous à la jouissance des fleuves et des routes (*m*), et *publica jura*, les droits particuliers aux sénateurs comme membres du sénat, aux citoyens comme membres de l'assemblée du peuple, etc. (*n*). L'analogie que présentent les diverses acceptions de ce mot les a souvent fait confondre et a donné lieu à de graves méprises (*o*).

Les règles du droit diffèrent encore par la nature de leur origine, car elles peuvent sortir du domaine du droit proprement dit (*jus* ou *æquitas*) ou d'un domaine étranger (§ 15). Or, ces éléments étrangers qui s'introduisent dans le droit altèrent la pureté de ses principes et vont par là même *contra rationem juris* (*p*). Voilà ce que

(*m*) L. 1, § 16, 17, L. 3, § 4, L. 4. de O. n. n. (XXXIX, 1), L. 40 ad leg. Jul. de adult. (XLVIII, 5).

(*n*) L. 5, § 2, L. 6 de cap. min. (IV, 5).

(*o*) C'est ce qui est arrivé à Burchardi, dans son ouvrage intitulé : *Grundzüge des Rechtssystems der Römer aus ihren Begriffen von öffentlichem und Privatrecht entwickelt.* Bonn, 1822. Il regarde le droit des personnes comme appartenant au *jus publicum*, le droit des choses comme appartenant au *jus privatum*, et les actions comme appartenant à l'un et à l'autre. Ces principes me semblent erronés ; mais la sagacité avec laquelle Burchardi les développe, donne du prix à son ouvrage.

(*p*) L. 14, 15, 16 de leg. (I, 3), L. 141, pr. de R. J. (L. 17). — Ce sont, au fond, les principes déjà exposés par Thibaut Versuche, II, N. 13.

j'appelle droit anomal. Les Romains l'appelaient *jus singulare* et lui donnaient pour base une *utilitas* ou une *necessitas* différente du droit (*q*). Le droit qui sort du domaine propre du droit, je l'appelle droit normal. Les Romains ne lui donnent ordinairement aucune désignation particulière, cependant ils l'appellent quelquefois *jus commune* (*r*). L'expression qu'ils emploient

(*q*) L. 16 de leg. (I, 3). « Jus singulare est quod contra te« norem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate « constituentium introductum est. » L'expression *jus singulare* se trouve aussi L. 23, § 3 de fid. lib. (XL, 5), L. 23, § 1, L. 44, § 1 de adq. poss. (XLII, 2), L. 44, § 3 de usurp. (XLI, 3), L. 15 de reb. cred. (XII, 1). (Singularia quædam recepta). — L'*utilitas* (cf. § 15) est aussi donnée comme motif du *jus singulare*, L. 44, § 1 de adq. poss., L. 2, § 16 pr. emt. (XLI, 4). — *Necessitas*, qui, au fond, ne diffère pas d'*utilitas*, se lit L. 62 de R. J. (L. 17). — Le *jus singulare* est dit quelquefois « benigne receptum. » L. 34 pr. mandati (XVII, 1), cf. Brissonius v. *benigne* et *benignus*. — Dans plusieurs autres textes, ce droit singulier, purement positif, est appelé *jus constitutum*, sans aucun rapport aux constitutions impériales. L. 25 de don. inter v. et uxorem (XXIV, 1). L. 1 rer. am. (XXV, 2). L. 20, § 3 de statu lib. (XL, 7). L. 9, pr. § 1, de cond. (XXXV, 1). Alciati parerg. VII, 26 (quelquefois aussi *jus constitutum* désigne les constitutions impériales. L. 1. § 2 quæ sent. (XLIX, 8). Le sens de cette expression est douteux dans les Frag. Vat., § 278, et L. 22, C. de usuris. (IV, 32)). — On oppose au droit singulier (jus constitutum), le *jus vulgatum*, L. 32, § 24 de don. int. v. et ux. (XXIV, 1).

(*r*) L. 15 de vulg. (XXVIII, 6).

le plus souvent à l'occasion du *jus singulare* est celle de *privilegium*. Ainsi, il y a des priviléges pour les testaments militaires (*s*), pour certaines classes de personnes exemptes de la tutelle (*t*), pour divers créanciers favorisés en cas de concours (*u*), par exemple, le fisc, les mineurs, les femmes mariées qui réclament leur dot, etc., c'est-à-dire, les créanciers dont la plupart obtinrent dans la suite la faveur encore plus grande d'un gage tacite (*v*). Dans tous ces cas, *privilegium* a précisément le sens de *jus singulare*.

Si l'on cherche à approfondir le caractère de ce *jus singulare*, on voit que c'est un droit purement positif qui, le plus souvent, a été créé par la volonté du législateur (*w*); quelquefois aussi il tient à d'anciennes coutumes nationales, et alors son origine est indéterminée. Je citerai, par exemple, la défense des donations entre époux, qui tient à des considérations morales et non à un principe de droit (*x*). — Ensuite, le

(*s*) L. 15 de vulg. (XXVIII, 6), L. 40 de admin. (XXVI, 7).

(*t*) L. 30, § 2 de excus. (XXVII, 1), Fr. Vat. § 152. Mais cette expression se trouve rarement.

(*u*) Voy. le titre de reb. auct. jud. (XLII, 5), et surtout L. 24, § 2, 3, L. 32, où ils sont appelés *privilegiarii*.

(*v*) L'expression d'hypothèques privilégiées, si souvent employée dans les temps modernes, n'était pas connue des Romains.

(*w*) « Auctoritate constituentium. » Voy. note *k*.

(*x*) L. 1 de don. int. vir. (XXIV, 1).

droit anomal est au droit normal, comme l'exception est à la règle; mais ce rapport purement logique ne touche pas à l'essence des choses. — Enfin, le droit anomal, et c'est une conséquence de son caractère exceptionnel, nous apparaît comme restreint à certaines classes de personnes, de choses ou d'affaires. Mais ce rapport est indéterminé, car ces classes ne présentent aucune idée fixe; ainsi, le droit sur la vente ne s'applique qu'aux vendeurs et aux acheteurs. En outre, ce rapport, comme son caractère exceptionnel, est un rapport secondaire, et ce serait se tromper que d'y voir le signe distinctif du *jus singulare*. En effet, si cette proposition était vraie, on pourrait la renverser et dire que tout droit qui concerne une certaine classe de personnes ou de choses est un *jus singulare*, ce que l'on ne saurait admettre. Ainsi, l'usucapion de trois ans, restreinte par Justinien aux choses mobiliaires, n'est nullement un *jus singulare;* le privilége accordé au pupille pour l'*actio tutelæ* est un *jus singulare*, son incapacité n'en est pas un; le sénatus-consulte Velléien est un *jus singulare* de la femme, son habilité exclusive à contracter mariage avec l'homme n'en est pas un. La limitation d'un droit à une certaine classe de personnes n'est donc pas ce qui constitue un *jus singulare*. — Lorsque l'on établit un *jus singulare* pour une certaine classe de personnes, il ne s'agit pas, comme dans

le droit normal (*æquitas*), d'établir une règle commune à tous les intéressés, mais, en vertu d'un principe d'utilité étranger au droit, de constituer pour cette classe un avantage ou un préjudice. Dans le premier cas, le plus ordinaire, le *jus singulare* s'appelle aussi *beneficium* (*y*). Comme exemples du second cas, on peut citer les prescriptions du nouveau droit romain relatives aux hérétiques et aux juifs. — D'après ce qui précède, on voit que le *jus singulare* a un caractère général et non historique. Cependant il peut revêtir ce dernier caractère, si le principe étranger au droit finit par y être assimilé, et si ce qui d'abord était *utilitas* devient *ratio juris* par la suite des temps. C'est ce qui arriva, sans doute, pour le moyen d'acquérir par l'intermédiaire des personnes libres, et c'est ainsi qu'il faut entendre les *singularia* du prêt (*z*).

Ce qui a jeté beaucoup de confusion sur cette matière, c'est que l'on a confondu le *jus singulare* avec ce que l'on appelle aujourd'hui *priviléges*, c'est-à-dire, l'exemption des règles du droit accordée à certaines personnes par le pouvoir suprême de l'État. Pour éclaircir ce sujet, il faut examiner les choses elles-mêmes indépendam-

(*y*) Par ex. L. 1, § 2 ad munic. (L. 1).

(*z*) L. 1, C. de adq. poss. (VII, 42), L. 53 de adq. rer. dom. (XLI, 1), L. 15 de reb. cred. (XII, 1).

ment de la phraséologie (*aa*). Ces exemptions individuelles ne font pas, en général, partie du droit commun, et, dès lors, diffèrent entièrement du *jus singulare,* sinon que, comme lui, ce sont des exceptions à la règle et qu'elles sont établies par l'autorité législative. Mais cette dernière ressemblance est purement accidentelle, car les priviléges résultent quelquefois des contrats. — Je passe à l'examen de la phraséologie. Dans les premiers temps de l'antiquité, les exceptions individuelles s'appelaient effectivement *privilegia* (*bb*). Dans les sources du droit que nous possédons, *privilegium* désigne ordinairement le *jus singulare*, et se trouve, comme je l'ai déjà dit, dans une foule de textes. Quant aux exceptions individuelles, les sources du droit en font rarement mention, et alors, au lieu d'employer une expression technique, elles les désignent par une circonlocution (*cc*), ou bien par ces mots : *personales constitutiones, privata privilegia* (*dd*).

(*aa*) Je reviendrai sur ces droits eux-mêmes quand je traiterai des lois.

(*bb*) Ainsi, dans plusieurs passages de Cicéron (Ernesti, v. *privilegium*), Gellius, X, 20, Cf. Dirksen Civilistische Abhandlungen, vol. I, p. 246 sq.

(*cc*) L. 3 in f. C. de leg. (I, 14), Const. *Summa,* § 4.

(*dd*) L. 1, § 2 de const. princ. (I, 4), L. 4 C. Th. de itin. mun. (XV, 3), Cf. § 24.



CHAPITRE III.

SOURCES DU DROIT ROMAIN ACTUEL.

§ XVII. A. *Lois.*

En appliquant au droit romain actuel, qui est l'objet direct de cet ouvrage (§ 1-3), ce que j'ai dit (§ 4-16) sur les sources du droit en général, j'ai à déterminer quelle place occupent parmi les sources du droit romain actuel, la législation, le droit coutumier et le droit scientifique.

Comme législation, se présentent d'abord les quatre parties composant le droit Justinien, et connues sous le nom de *corpus juris*, c'est-à-dire, les Institutes, le Digeste, le Code et les diverses Novelles postérieures aux trois premiers recueils (*a*), mais toujours dans les limites et sous la forme que leur a données l'école de Bologne. En effet, c'est sous cette forme que le droit

(*a*) L'histoire et la littérature de ces sources appartiennent à l'histoire du droit proprement dite; je parle seulement ici de ce que l'on en peut regarder comme droit encore en vigueur.

romain est devenu droit commun de l'Europe; et lorsque, quatre siècles plus tard, d'autres sources vinrent successivement s'y ajouter, le *corpus juris* de l'école de Bologne était reçu si universellement et depuis si longtemps; son autorité, comme base de la pratique, était si bien établie, que les nouvelles découvertes restèrent dans le domaine de la science, et ne servirent qu'à la théorie du droit. C'est par le même motif que le droit Anté-Justinien est exclu de la pratique, et cette exclusion n'a jamais été contestée. Il serait déraisonnable de ne pas appliquer aux sources mêmes du droit Justinien les conséquences de ce principe. Ainsi, l'on doit exclure de la pratique les textes grecs du Digeste, auxquels l'école de Bologne a substitué une traduction latine, les restitutions peu nombreuses du Digeste, et les restitutions beaucoup plus importantes du Code. Ainsi, encore parmi les trois recueils de Novelles que nous possédons actuellement (*b*), on ne voit reconnaître que l'*Authenticum*, d'après lequel a été fait l'extrait de l'école de Bologne, connu sous le nom de Vulgate (*c*). Comme conséquence

(*b*) Recueil des 168 N., Julien, et liber Authenticorum. Biener Geschichte der Novellen Justininians. Berlin, 1824. 8.

(*c*) Biener, p. 258, 259. — Quoique contesté par un petit nombre de jurisconsultes (Mühlenbruch, I, § 18), ce point ne saurait être douteux, car, en aboudonnant ce principe, on tombe dans un arbitraire sans limites.

inverse du même principe, il faut admettre les additions faites au Code par l'école de Bologne, c'est-à-dire, les Authentiques des empereurs Frédéric Ier et Frédéric II, et les Authentiques beaucoup plus nombreuses d'Irnerius (*d*).

Mais c'est au choix des sources que se borne l'influence directe de l'école de Bologne. Ainsi, il ne faut pas y chercher un corps de doctrines exclusives, travail qui n'a jamais été réalisé, et qui même n'entrait pas dans son esprit (*e*). Quant à la critique des textes, quoique les glossateurs

(*d*) Savigny, Histoire du droit romain au moyen âge, III, § 195, 196. — Quand ici je nie l'autorité de la glose, et que plus bas je reconnais celle des Authentiques d'Irnerius, quoique ce fussent de simples gloses destinées à montrer la concordance du Code et des Novelles, il n'y a là aucune contradiction. En effet, on n'admettait les Authentiques que comme extraits du texte, dont on se servait pour faciliter les recherches et les citations. Ce serait donc méconnaître l'autorité qu'on leur accorde, que de les opposer au texte des Novelles.

(*e*) On a prétendu, au contraire, que nous avions adopté bien moins le corpus juris fixé par les glossateurs, que la pratique du droit italien, exposée dans leurs écrits (Seiden stücker Juristische Fragmente, Th. 2, p. 188-194). Cette opinion ne saurait être admise, car les glossateurs étaient des interprètes qui n'avaient pas pour but d'exposer la pratique, mais de la réformer. Savigny, Histoire du droit au moyen âge, ch. XLI. — Cette opinion a néanmoins un côté de vérité: c'est que les doctrines des glossateurs ont exercé une influence notable sur la pratique du droit en Allemagne.

aient réuni leurs efforts sur cet objet, jamais ils n'ont donné un texte incontesté, auquel on ait pu être tenté d'attribuer une autorité exclusive (*f*).

Mais il importe bien davantage de déterminer dans les sources mêmes généralement reconnues, quelles matières sont encore en vigueur. Ainsi, sans parler du droit public, qui de nos jours n'a plus d'application (§ 1), plusieurs matières du droit privé sont entièrement rejetées dans la pratique moderne, par exemple, tout ce qui se rapporte à l'esclavage, au colonat, à la stipulation. Cette exclusion ne doit pas être attribuée à l'école de Bologne, elle tient à l'influence que le droit coutumier et la science exercent sur la législation. Au reste, cette exclusion n'a pas été prononcée tout d'abord et d'un consentement unanime : c'est à la critique de la science qu'il a été donné, dans les temps modernes, de repousser les fausses applications du droit romain, souvent tentées autrefois. Ainsi, les glossateurs étaient très-portés à méconnaître ses limites naturelles, comme on le voit aux efforts qu'ils firent du temps de Frédéric I[er], pour donner à l'autorité impériale une base plus solide en l'appuyant sur le droit romain.

Ce que je viens de dire sur l'autorité législative du droit romain a trouvé des contradicteurs;

(*f*) Savigny, § 175, 176.

ainsi, on a soutenu que les parties du *corpus juris* non glosées, c'est-à-dire, les textes restitués, devaient être également reçues dans la pratique. Quoique rejetée comme une erreur évidente, par la plupart des auteurs qui ont écrit sur la théorie et sur la pratique du droit (*g*), cette opinion a néanmoins ses partisans. Quelques-uns même sont allés jusqu'à donner force de loi aux Novelles de l'empereur Léon VI (*h*), sans considérer qu'au commencement du dixième siècle la domination des empereurs grecs en Italie avait cessé depuis longtemps, et que dès lors manque toute voie de communication, semblable à celle qui a fait parvenir jusqu'à nous la législation Justinienne. D'autres admettent les textes restitués du droit Justinien, ou du moins quelques-uns de ces textes, ou regardent leur autorité comme un sujet de controverse (*i*). Cette opinion

(*g*) Lauterbach, § V. N. 6, 7. Eckhard, Hermeneut. § 282. Brunnquell, Hist. j. II, 9, § 22. Zepernich, à la suite de Beck, de Novellis Leonis. Hal. 1779, p. 552 sq. Glück I, § 53, 56. Weber, Versuche über das Civilrecht, p. 47, 49.

(*h*) Beck, de Novellis Leonis, ed. Zepernick. Hal, 1779.

(*i*) Beck, l. c., § 48. Mühlenbruch, I, § 18. Dabelow Handbuch des Pandectenrechts, Th. I, § 50. Hal., 1816. Ce dernier prétend qu'autrefois on rejetait dans la pratique tous les textes non glosés; que depuis l'abandon des éditions glosées, on a continué de rejeter les Novelles sans gloses, mais que l'on a admis l'autorité des autres textes non glosés (pages 199, 200); puis il ajoute : « Quant aux *leges restitutæ*, elles

a plus d'apparence de vérité. En effet, on pourrait prétendre que si l'on reconnaissait force de loi aux éditions glosées, depuis que ces éditions ont été abandonnées et remplacées par d'autres, celle de Godefroy, par exemple, on doit accorder au texte de ces dernières une semblable autorité. Mais la question n'a jamais tenu à ces circonstances extérieures et accidentelles, car le choix des textes avait été fait et leur autorité exclusive reconnue, bien avant la découverte de l'imprimerie, et bien avant qu'il y ait eu à choisir entre les éditions. Néanmoins on peut toujours soutenir que le seizième siècle, époque de la plupart des restitutions, était aussi apte que les siècles précédents à recevoir de nouveaux textes et également habile à leur donner force législative. Mais la reconnaissance d'un texte comme loi est un fait qui s'accomplit au grand jour et repose sur de puissants motifs, comme on le reconnaît aisément. Si, par exemple, le Digeste était demeuré incomplet, et que l'*Infortiatum* n'eût été découvert qu'au seizième siècle, on n'aurait sans doute pas manqué de lui donner force de loi. Mais il n'y avait pas de motif pour sanctionner les textes

« n'ont aucune autorité (p. 201). » Ici l'auteur ne distingue pas l'usage des temps anciens de celui des temps modernes. Cette opinion a cela d'original, que les textes restitués sont distingués des textes non glosés. Or, il y a entre ces textes autant de différence qu'entre le Digeste et les Pandectes.

isolés restitués au seizième siècle, et dont les dispositions étaient équivoques ou tout à fait à rejeter; aussi n'a-t-on jamais proposé de les reconnaître tous. Il reste donc seulement à savoir si quelques-uns de ces textes ne mériteraient pas, par leur sagesse, d'obtenir force de loi; question qui s'est élevée pour la L. 4 au Code, *de in jus vocando*. Cette loi, restituée par Cujas, frappe de déchéance toute demande qui, pendante à un tribunal, est portée devant d'autres juges. Cette loi a été citée dans un jugement d'un tribunal de l'Empire comme servant de base à une peine comminatoire (*k*). Si cette application n'est pas une erreur d'un tribunal, qui n'avait pas le privilége de l'infaillibilité (*l*), il faudra en conclure

(*k*) On en trouve un exemple dans une décision émanée, le 23 décembre 1615, de la chambre impériale, dans l'affaire Waldeck v. Paderborn et consorts, relativement au comté de Piermont. Ce document est imprimé en entier dans C. Mauritius, de judicio aulico, § 14 (Kilon. 1666, et dans ses dissert. et opusc. Argent. 1724, 4, p. 337). On y lit: « Nous « vous citons pour vous entendre condamner, comme puni- « tion de votre désobéissance, à la peine prononcée par la « L. ult., § ult., Cod. de in jus vocando. » — Plusieurs auteurs semblent croire que la chambre impériale a rendu une foule de décisions semblables; par ex.: Andler, jurisprud. qua publ. qua privata. Solisbaci, 1672, 4, p. 434. Pütter, de præventione, § 19, 90, 135. Mais, en fait, la décision de 1650 est la seule de ce genre.

(*l*) On serait tenté de le croire, à la manière dont s'ex-

que les juges impériaux accueillaient volontiers une loi tendant à augmenter l'éclat de leur juridiction suprême, mais non que ce principe ait passé dans le droit commun de l'Allemagne. On a dit, et cela est complétement erroné, que le tribunal suprême palatin avait appliqué la L. 12, C. *de ædificiis privatis* (VIII, 10), tandis que les motifs de son jugement nient formellement l'autorité de cette loi (*m*).

prime là-dessus Uffenbach, de consilio aulico, c. 12, p. 155: « Additur interdum citatio ad videndum se incidisse in pæ« nam, L. ult. C. de in j. voc.... Et quamvis *quod pauci* « *hactenus observarunt,* prædicta lege ult. non authentica sed « a Cujacio restituta, consequenter spuria sit, et hinc adeo « secure cum illa neutiquam navigari videatur, hoc tamen « non obstante Dn. ab Andler quotidianam prædictæ leg. ult. « praxin confirmat, etc. » La seule preuve que l'on en donne est la décision de 1650 (note *k*). — On peut bien admettre, avec Dabelow (note *i*), que l'usage d'éditions plus complètes a donné lieu à ce genre de méprise auparavant impossible; mais cela ne fonde aucune pratique judiciaire constante, et, par conséquent, aucun droit commun.

(*m*) F. W. Textor, Decisiones electorales Palatinæ. Francof. 1693, 4, Decisio XX. Le demandeur avait invoqué cette lex restituta (p. 78); mais la cour dénie formellement toute autorité aux lois restituées (p. 81, 82), à moins que leurs dispositions n'aient passé dans le droit coutumier; et peut-être est-ce le motif de la décision de la chambre impériale, dans l'affaire Waldeck v. Paderborn (note *k*). — On ne conçoit pas que Beck, de Novellis Leonis, § 48, après avoir cité le jugement de la cour palatine, dise, au sujet de la L. 12, C. cit. :

Si, par les motifs que je viens d'exposer, les textes restitués n'ont pas d'autorité législative, on n'en doit pas moins reconnaître leur autorité scientifique, et la science a aussi son influence sur la pratique du droit; de même que les textes sur les matières tombées en désuétude, l'esclavage, par exemple, et les sources du droit antéjustinien rentrent dans le domaine de la science. Mais les textes restitués, par la nature même de leur objet, n'y occupent qu'une place secondaire. Gaius et Ulpien éclairent certaines parties du Digeste, qui sans eux seraient demeurées obscures; les textes restitués, au contraire, renferment quelques changements législatifs, sans jeter aucune lumière sur le reste du droit, et il s'agit uniquement de savoir si l'on doit ou non adopter, dans la pratique, les innovations particulières qu'ils contiennent; par exemple, au sujet de la L. 22, C. *de fide instrumentorum*, si celui qui est partie dans un procès, peut ou non demander qu'un tiers lui communique ses titres; au sujet des Novelles 121 et 138, de quelle manière les intérêts excédant le double du capital, doivent être calculés. Le droit antérieur est indépendant de ces nouvelles règles, et n'en devient pas plus

« Excitatam tamen pariter ad causæ definitionem in supremo « appellationis judicio Palatino.... docet F. W. Textor. » Cela signifie évidemment que la cour a fondé sa décision sur la loi citée. Or, elle a fait précisément le contraire.

plus clair. Souvent aussi il arrive qu'une question de droit sur laquelle le Digeste renferme des textes contradictoires, est tranchée par une Novelle non glosée de Justinien. Si cette Novelle n'a pas force de loi, elle a du moins une grande autorité, et les auteurs qui ont écrit sur la pratique du droit, attachent avec raison beaucoup d'importance aux Novelles non glosées (*n*).

Si donc il existe quelques décisions judiciaires où des textes restitués du droit Justinien aient été appliqués comme loi, ces décisions isolées sont en trop petit nombre pour renverser, ou même affaiblir le principe que j'ai posé plus haut, principe reconnu de tout temps en théorie et en pratique.

Indépendamment du droit romain, nous avons encore à nous occuper du droit canon, en tant qu'il a modifié ou complété des institutions du droit romain. Le droit canon, aussi bien que le droit romain, a été reconnu comme droit commun de l'Europe. Mais les seuls recueils dont l'autorité législative soit incontestable, sont : le

(*n*) Par exemple, la Nov. 162 non glosée. Voy. § 164. — L'autorité purement scientifique des sources du droit antérieures et postérieures à Justinien, s'explique par deux analogies parfaitement semblables. Ainsi, telle est l'autorité des anciennes sources du droit germanique dans les pays de droit commun; et celle du droit romain en Prusse, en Autriche et en France.

décret de Gratien, les décrétales de Grégoire IX, le Sextus et les Clémentines (*o*).

Si enfin on considère spécialement le droit romain actuel comme le droit commun de l'Allemagne, il ne faut pas oublier les lois de l'Empire qui ont modifié certaines parties du droit privé romain. Mais ces modifications sont beaucoup moins importantes que celles introduites par le droit canon.

§ XVIII. B. *Droit coutumier.*

J'ai traité (§ 7, 12) de la nature du droit du peuple, ou droit coutumier, je vais montrer quelle place ce droit occupe parmi les sources du droit romain actuel.

Quand Justinien parvint à l'empire, le droit populaire n'existait plus depuis longtemps sous sa forme primitive. Ses parties les plus importantes avaient, du temps de la république, passé dans les décrets du peuple ou dans les édits. La littérature du droit s'était emparée du reste, qui dès lors figure comme droit scientifique. A l'époque de la décadence de la littérature, la na-

(*o*) Eichhorn, Kirchenrecht, I, p. 349-360. On a contesté l'adoption des deux recueils d'extravagantes; mais comme elles apportent très-peu de modifications au droit privé des Romains, le seul dont je m'occupe ici, cette question est pour nous sans intérêt.

tion n'avait plus cette énergie morale que demande la création du droit; ou si par hasard les circonstances extérieures appelaient une institution nouvelle, la législation impériale suffisait pour lui donner une forme déterminée (*a*). On ne saurait donc s'imaginer l'ancien droit coutumier subsistant comme droit commun à côté des recueils de Justinien, car toutes ces créations importantes avaient nécessairement trouvé place dans le Digeste ou dans le Code; mais la législation générale n'empêchait sans doute pas le droit coutumier local de régler certains détails, et il ne nous est pas permis de hasarder même une conjecture sur la valeur et l'étendue de ce droit. — Sous les successeurs de Justinien, les mêmes circonstances durent entretenir le même état de choses, d'autant plus que sa législation était la dernière grande tentative de ce genre, et que la force créatrice du droit allait toujours s'affaiblissant.

L'Europe se trouvait dans une position bien différente, quand au moyen âge le droit romain s'introduisit chez des nations au sein desquelles il n'était pas né. Ces nations étaient organisées de manière à rendre difficile l'existence d'un droit coutumier général, capable de modifier et

(*a*) On peut citer comme exemples le *peculium adventitium* et la *donatio propter nuptias*.

de compléter un droit d'origine étrangère. Cependant plusieurs circonstances favorisaient le droit coutumier. L'adoption d'une législation étrangère créait une foule de rapports artificiels qu'il fallait régler par de nouvelles institutions subsidiaires. Une législation intelligente et active pouvait sans doute satisfaire ces besoins; mais étant incompatible avec le caractère des gouvernements d'alors, il fallut bien recourir au droit coutumier dont la jeunesse et l'énergie du peuple secondaient le développement. La manière spéciale dont ce besoin s'était fait sentir, donnait à ce droit un caractère particulier. Au lieu de sortir de la conscience commune de la nation, il revêtit tout d'abord le caractère d'un droit scientifique, comme je le montrerai bientôt (§ 19).

La manifestation la plus remarquable d'un droit coutumier général, dans les temps modernes, est l'adoption même du droit romain dans les limites déterminées plus haut (§ 17). Mais cette adoption eut une signification différente chez les différents peuples de l'Europe, et les changements qu'elle apporta dans le domaine du droit, devaient se faire sentir d'une manière très-diverse. En Italie, où le droit Justinien n'avait jamais cessé d'exister, il prit seulement une vie nouvelle, et les limites de son application furent plus rigoureusement posées. En France, le droit romain n'avait jamais disparu complétement, mais la forme particulière

du droit Justinien y était toute nouvelle. En Allemagne, l'adoption du droit Justinien dut être beaucoup plus sensible, car le droit romain était là un élément entièrement neuf, jusqu'alors inconnu, mais approprié aux nouveaux besoins de la civilisation naissante, ce qui nous donne la raison suffisante de son introduction. L'Allemagne ne reçut le droit romain qu'après une lutte longue et animée, qui fit ressortir encore mieux l'influence du droit coutumier. — La manière dont le droit romain fut reçu et circonscrit dans de certaines limites (§ 17), mérite surtout notre attention, car on y voit l'œuvre d'une volonté réfléchie et intelligente, et non le produit d'un simple hasard. Ce ne fut pas d'ailleurs un fait instantané et subit, mais un travail lent et progressif, notamment pour ce qui touche l'exclusion d'une partie importante du droit romain. Ce grand spectacle d'un droit coutumier général, s'établissant chez plusieurs nations, quoiqu'à des époques différentes, nous révèle l'esprit de la civilisation moderne. En voyant ces nations adopter dans son ensemble un droit né chez un peuple étranger avec lequel plusieurs n'avaient pas même de communauté d'origine, on reconnaît que les peuples modernes ne sont pas appelés comme ceux de l'antiquité à une nationalité profondément distincte, mais que la religion chrétienne les unit par un lien invisible, sans

néanmoins effacer les traits essentiels du caractère national (*b*). Telle est la loi du développement des temps modernes, dont le dernier but est encore caché à nos yeux.

A côté du droit coutumier général, se place toujours, dans les temps modernes, un droit coutumier local, dont les limites sont plus étroites et dont la formation, comme autrefois chez les Romains, rencontre moins d'obstacles. Ainsi restreint, ce droit pouvait être un véritable droit populaire engendré par les croyances communes du peuple, sans le secours de la science. Dans ce droit, les anciennes idées germaniques sur la propriété territoriale (fiefs, biens héréditaires, biens roturiers) se sont combinées de mille manières avec l'ensemble du droit de succession. Ces rapports, qui s'étendent au delà de la vie humaine, sont intimement liés à la manière de vivre, aux diverses conditions et aux mœurs de chaque peuple.

De même on voit dans les villes la communauté d'intérêts créer pour les corporations de commerçants et d'artisans un droit coutumier spécial qui, par suite de la communauté de biens, sous mille formes diverses, modifie le droit de succession. Néanmoins, il reste encore ici

(*b*) Savigny, Histoire du droit romain au moyen âge, vol. III, § 33.

une place assez large à l'application du droit romain. Les coutumes locales exercent moins d'action sur les institutions d'origine romaine, dont elles ont seulement modifié quelques-unes par suite de besoins renouvelés tous les jours; par exemple, ce qui touche le droit de bâtir entre voisins, la location des immeubles et les serviteurs à gages.

Ainsi donc les coutumes locales ont toujours eu beaucoup d'influence sur les institutions d'origine germanique, et moins sur la transformation du droit romain (*c*).

Ce double droit coutumier, l'un général, l'autre local, qui modifie la législation, n'est pas seulement une source du droit pour le passé, il embrasse aussi l'avenir.

Le droit coutumier, envisagé dans cette application particulière, a précisément les mêmes caractères que nous avons reconnus au droit coutumier en général. Il est produit par la communauté des convictions, non par la volonté des individus, dont les actes ne font que manifester cette communauté d'idées. Les mœurs, les usages que nous appelons proprement coutumes, ne sont donc pas le fondement du droit, mais des signes auxquels on le reconnaît. Si mainte-

(*c*) On trouve d'excellentes remarques sur ce sujet dans Gôtze, Provincialrecht der Altmark. Motive, I, p. 11-13.

nant on considère la coutume et la loi quant à leur puissance, il faut mettre ces deux sources du droit sur la même ligne. Le droit coutumier peut compléter, modifier ou abolir la loi (§ 13); il peut également créer une règle nouvelle, et la substituer à la loi qu'il abroge (*d*).

§ XIX. *C. Droit scientifique.*

Dans l'ancienne Rome, le droit populaire, conjointement avec la législation, avait eu d'importantes manifestations longtemps avant qu'il fût question d'un droit scientifique; mais après que l'esprit scientifique se fut éveillé dans la nation, il dut se tourner aussi vers le droit qui lui offrait un sujet à la fois noble et national. La classe des jurisconsultes devint presque l'unique représentant du droit populaire, dont la forme créatrice apparaissait rarement sous sa forme primitive. Quoique la science du droit fût un

(*d*) On verra le sens et l'importance de ce principe, que je pose ici comme une abstraction, lorsque je réfuterai les opinions contraires à la mienne (§ 28 sq.). Je me réserve d'exposer alors les conditions indispensables à l'existence d'un véritable droit coutumier; exposition qui trouverait ici sa place, sans les erreurs nombreuses et fort accréditées auxquelles ce sujet a donné lieu; j'ai donc jugé plus convenable d'établir les principes d'une manière critique, en y joignant la réfutation de ces erreurs.

des organes de la vie scientifique répandue dans toute la nation, elle eut néanmoins un mode de développement à part. Elle parvint plus tard que les autres sciences à cette maturité qui l'attendait chez les Romains; et quand elle atteignit son plus haut point de perfection, la décadence avait déjà commencé pour les sciences et pour les arts. Cette circonstance fut d'un grand avantage pour la science du droit. Grâce à la lenteur de son développement, elle atteignit cette profondeur et cette originalité qui devaient fonder son influence sur les peuples étrangers et les siècles à venir; influence refusée aux Romains dans toutes les autres parties du domaine de la science.

Si la science du droit dut son origine à l'activité de l'esprit scientifique de la nation, la marche naturelle de son développement ne fut jamais troublée par aucune cause étrangère ou accidentelle, et voilà ce qui distingue l'histoire du droit chez les Romains, de celle de tous les autres peuples. La manière dont les jurisconsultes romains agissaient sur la formation du droit, est difficile à déterminer avec exactitude, à cause de la propension que nous avons à appliquer nos idées modernes à une époque si différente de la nôtre. Chez les Romains, les jurisconsultes avaient une position très-élevée, à cause de l'exercice entièrement libre et bienveillant

de leurs fonctions, à cause de leur petit nombre, et aussi de leur naissance. Réunis dans la capitale du monde, ils vivaient avec les préteurs, plus tard avec l'empereur, exerçant sur eux une action continuelle et irrésistible. Les opinions qu'ils adoptaient devaient influer sur les progrès du droit, et chacun d'eux, celui surtout que distinguait la supériorité de son esprit, devait avoir une large part de cette autorité invisible. De nos jours, on appelle jurisconsulte quiconque a étudié le droit pour devenir magistrat, avocat, auteur ou professeur, c'est-à-dire, presque toujours en vue d'une fonction salariée. Ces jurisconsultes sont très-nombreux, et répandus dans toute l'Allemagne; ils forment une société fort mêlée, où le mérite est très-inégalement réparti. Leur influence sur le droit doit donc être moins directe et moins personnelle. Il faut un long temps pour qu'une opinion prenne un caractère de généralité; et si parfois un principe ou une doctrine vient à passer dans la législation, et à agir ainsi sur le droit, le hasard doit y être pour beaucoup.

L'état des choses était bien différent de celui de l'ancienne Rome, quand, au moyen âge, le droit romain fut adopté par la plupart des peuples de l'Europe. Cette adoption donna au droit un caractère scientifique (§ 18); et les connaissances nécessaires pour résoudre les difficultés

qu'offrait son application, ne pouvaient être communes à tous. De ce besoin naquirent pour le droit une école et une littérature, qui n'étaient pas appelées par l'état général de la culture intellectuelle (*a*). Au moyen âge, comme dans l'ancienne Rome, la science du droit eut donc un développement différent de celui des autres sciences, mais différent en sens inverse. Dans l'ancienne Rome, la science du droit fut la dernière à atteindre sa perfection; au moyen âge, elle se développa bien avant que l'esprit scientifique se fût éveillé dans la nation. L'isolement où elle se trouva pendant de longues années rendit son existence très-difficile, et condamna plusieurs de ses parties à une imperfection inévitable. Mais l'énergie des efforts que durent soutenir les glossateurs donne à leurs travaux une dignité noble et sérieuse, et les résultats qu'ils obtinrent, malgré une position si difficile, ont encore aujourd'hui droit à notre admiration (*b*).

Ainsi donc le droit populaire, à moins qu'il ne fût renfermé dans un cercle très-étroit, se trouva dès l'origine identifié au droit scientifique, et les besoins pratiques, pour avoir satisfaction, durent être traduits par la science (§ 18).

(*a*) Savigny, Histoire du droit romain au moyen âge, volume III, § 32.

(*b*) Savigny, passim et ch. XLI.

Ainsi la science du droit prit un caractère original, et chez les jurisconsultes la théorie se trouva intimement liée à la pratique, de même que souvent l'influence de la pratique a sauvé la théorie d'une décadence complète (*c*). Pendant les siècles suivants, la science a été cultivée d'une manière bien inégale, a subi bien des vicissitudes; mais l'influence exercée par la science sur la formation du droit est toujours restée dans les mêmes conditions qu'au moyen âge. Les travaux dont le droit romain a été l'objet depuis son adoption, sont d'une étendue si immense, et d'une nature si variée, qu'il convient de les soumettre à un examen spécial pour savoir en quel sens nous devons les considérer comme sources du droit, et quel usage nous en devons faire. On peut les diviser en deux grandes classes, selon qu'ils traitent de la théorie ou de la pratique. Mais comme ces expressions sont souvent opposées l'une à l'autre dans un sens très-différent, il importe d'en déterminer le sens avec plus d'exactitude.

Sous le nom de théorie, je comprends tous les travaux qui ont trait à l'établissement des textes, ou à leur interprétation, ou à leur mise en œuvre comme système de droit. Tout cela ne crée pas un droit nouveau, et ne sert qu'à éclairer le

(*c*) Savigny, passim et ch. XLVII.

droit déjà existant : aussi ces travaux ne sont pas au nombre des sources du droit proprement dites, mais l'autorité dont ils jouissent leur donne un caractère à peu près semblable. En effet, quoique chacun soit libre de critiquer ces travaux, quoique l'unanimité des auteurs n'ôte à personne l'indépendance de son jugement, il y a néanmoins, parmi les fonctionnaires chargés d'appliquer le droit, une classe nombreuse et respectable qui, sans être au-dessous de leur office, sont incapables de juger une doctrine nouvelle, et de se former une opinion par eux-mêmes. Rien donc de plus naturel et même de plus désirable que de voir ces fonctionnaires suivre exclusivement l'opinion des auteurs, non dans l'intérêt de leur commodité, mais dans l'intérêt même de la sûreté du droit. Elle serait fort compromise si le juge, qui n'a pu faire des études approfondies, voulait avoir une opinion personnelle sur chaque question de droit, et il est très-probable que sa décision se ressentirait de l'insuffisance de ses éléments. Le juge court néanmoins un danger, celui de se laisser entraîner trop facilement, par l'apparence d'une doctrine nouvelle, au détriment de la justice (*d*). Mais si

(*d*) Sur la nature et l'importance de l'autorité doctrinale pour la juridiction, voy. un excellent morceau de Möser, Patriotische Fantasien, I, N. 22.

parmi les magistrats se trouve un véritable jurisconsulte, sans doute il a bien le droit d'appliquer à l'administration de la justice la sagesse et la maturité de ses convictions.

Mais à quel signe reconnaître la présence de cette bienfaisante autorité? Là-dessus il est impossible de formuler une règle précise. Le nombre des auteurs d'accord sur un principe ne saurait entrer en considération, et il s'agit bien moins encore de compter les voix pour ou contre une opinion controversée. Il faut que tous les jurisconsultes ayant une réputation de sagesse et de science, soient unanimes sur une opinion, et que nul d'entre eux n'ait à élever contre elle une objection grave et fondée. La nouvelle opinion doit donc avoir été pendant un certain temps l'objet de l'attention publique, sans qu'ici l'on pense à fixer un nombre déterminé d'années. En ce sens, on peut ranger un ouvrage théorique parmi les sources du droit, car on lui reconnait une origine certaine et légitime. Je citerai comme exemple la doctrine sur les deux degrés de fautes, qui, de nos jours, a obtenu l'assentiment universel dont avait joui si longtemps la doctrine des trois degrés. D'après ce qui précède, on voit que cette autorité ne fonde jamais rien d'une manière invariable et définitive, car des recherches plus profondes peuvent toujours modifier la science, et les nou-

velles doctrines sont tout aussi légitimes que les anciennes.

§ XX. *Droit scientifique. Suite.*

Sous le nom de pratique, je comprends les recherches qui n'ont pas seulement pour objet le contenu des sources, mais leurs rapports avec la réalité du droit, c'est-à-dire, tout ce qui touche son application immédiate et les besoins du temps. La forme sous laquelle se produit cette recherche, l'enseignement oral, un livre ou une décision judiciaire, est chose indifférente ou du moins secondaire. Dans tous les cas, cette recherche est organe du droit coutumier et partie du droit scientifique, car les décisions rendues par des juges instruits, et surtout par des colléges permanents, ont toujours un caractère scientifique (§ 14). Là se reproduit l'identité du droit coutumier et du droit scientifique; identité que j'ai donnée comme signe caractéristique des temps modernes. Je range dans la même classe les ouvrages dogmatiques qui traitent spécialement de la pratique, et les recueils de consultations et de jugements, soit qu'ils émanent d'un jurisconsulte, ou d'un collége de juges, ou de magistrats supérieurs. Quand je distingue deux genres d'ouvrages dogmatiques, les uns théoriques et les autres pratiques, je ne prétends pas

dire que ces deux genres soient nécessairement distincts : on peut les retrouver dans le même ouvrage, également ou inégalement répartis.

La question que j'ai posée pour la théorie se représente ici pour la pratique. — A quel signe reconnaître la bonté, la légitimité d'un ouvrage? Cette question est d'une plus haute importance encore, et mérite un examen particulier.

Si l'on soumet un procès à un homme qui n'ait pas étudié le droit, il prononcera, d'après une vue confuse de l'affaire dans son ensemble; et peut-être, s'il joint à du bon sens un caractère décidé, se croira-t-il très-sûr de son fait.

Ce serait un grand hasard si une autre personne, placée dans les mêmes conditions, rendait un jugement semblable ou diamétralement opposé. C'est à la science à particulariser le rapport de droit, à discerner les règles qui le dominent, et à lever ainsi toutes les incertitudes qui obscurcissent les éléments de décision. En cela surtout se montre la supériorité des jurisconsultes romains. Sans doute ils étaient aidés par une terminologie rigoureuse, et par les distinctions précises établies entre les diverses actions. Mais il ne faut pas attribuer au hasard ces circonstances favorables; elles tenaient à l'heureuse aptitude du peuple romain pour la formation du droit. Cet avantage nous manque, et celui plus grand encore de posséder un droit

original né avec la nation, et se développant avec elle; mais nous avons le même problème à résoudre, et les moyens de solution ne nous manquent pas.

Si l'on examine sans prévention les modifications apportées par la pratique de nos devanciers aux institutions d'origine romaine, on y reconnaît deux caractères très-différents. Les unes sont rationnelles, c'est-à-dire, qu'elles tiennent aux nouveaux besoins de la civilisation moderne, aux changements apportés dans l'administration de la justice, et surtout aux idées morales créées par le christianisme. D'après les principes que j'ai posés plus haut, on doit reconnaître à ces modifications la force et l'autorité d'un droit coutumier scientifiquement établi. Si quelques jurisconsultes ont voulu, à tort, faire sortir ces principes du droit romain, leur erreur ne porte aucune atteinte à la vérité de ces principes; seulement, nous ne devons pas croire que ces fausses déductions n'aient été qu'un prétexte pour colorer leurs doctrines. Ces jurisconsultes se trompaient de bonne foi, et, dans de semblables cas, nous devons approfondir le véritable sens du droit romain, non pour nous en tenir à ses principes, mais pour mieux apprécier la nature et l'étendue du changement. D'autres modifications, au contraire, sont le résultat d'une simple méprise, le produit d'une

science incomplète. Ce sont là des erreurs que nous devons démasquer et poursuivre, sans qu'elles puissent se retrancher derrière une longue et paisible possession. Le plus souvent, d'ailleurs, elles reposent sur une contradiction, sur un raisonnement vicieux, dont la fausseté se prouve logiquement. Tout ce qui porte ce caractère n'a que l'apparence de la pratique; c'est une mauvaise théorie, qui toujours doit céder à une théorie meilleure (*a*).

La distinction critique de ces modifications apportées au droit romain n'a jamais été tentée, car, ordinairement, on se contente d'invoquer l'autorité de tels ou tels praticiens, pour ou contre l'application actuelle d'un principe, et, en cette matière, il est tout à fait impossible de poser une règle générale. C'est un travail et une critique de détails entrepris sans que nous sachions si, plus tard, nous pourrons en tirer des principes généraux. La réfutation des erreurs de la pratique forme un des principaux objets de cet ouvrage; et si la solution du problème reste incomplète, son immense difficulté me servira d'excuse. Considérée sous un autre point de vue, la question peut se poser de la manière suivante :

(*a*) On peut en donner pour exemple le *Summariissimum*, tel qu'on le voit souvent dans la pratique moderne. Cf. Savigny, Recht des Besitzes, § 51, 6[e] ed.

Distinguer dans le droit romain les parties d'où la vie s'est retirée, de celles qui subsistent encore, et doivent toujours subsister. — La condition essentielle pour réussir dans cette entreprise, est un sens droit, libre de toute prévention. Celui qui, par prédilection pour le droit romain, ne songe qu'à le rétablir dans sa pureté primitive, et celui qui, prêtant ses idées à la pratique moderne, lui attribue une autorité bien éloignée de l'esprit de ses fondateurs, sont l'un et l'autre également impropres à ce travail; tous deux ont leur superstition : l'un considère comme encore existant un fait historiquement accompli, l'autre prend ses imaginations pour des réalités.

La partie de la pratique que je regarde comme un élément sain du droit, a une importance bien plus haute que les travaux scientifiques. Non-seulement elle forme une autorité respectable, mais elle est partie essentielle et constitutive du nouveau droit. Cependant, il ne faut pas lui reconnaître une existence absolue et immuable; non que la théorie puisse la condamner comme s'éloignant des sources, car elle subsiste à titre de véritable droit coutumier, mais elle peut être abolie par les mêmes voies qu'elle a été fondée.

L'influence de la pratique a été souvent comprise d'une manière différente. Ainsi on a dit qu'un tribunal, après avoir rendu plusieurs dé-

cisions uniformes, était enchaîné par ces décisions, et tenu de suivre la même règle à l'avenir (*b*). Cette assertion a son côté de vérité, car les jugements antérieurs d'un tribunal sont pour lui-même une autorité, et il est plus digne et plus utile de les suivre que de les changer légèrement. Ici, comme pour toutes les coutumes, agit la loi de continuité, dont j'ai déjà signalé les effets (§ 12 a). Mais si un examen sérieux et approfondi vient à faire découvrir des arguments jusque-là inconnus, l'abandon de la règle ne saurait être blâmé, et l'on ne doit pas opposer à ce changement, comme barrière insurmontable, une règle dont l'origine est tout à fait semblable à celle de la nouvelle. — L'influence exercée par les décisions des magistrats supérieurs sur les tribunaux de leur ressort, n'a pas absolument le même caractère, car, indépendamment de leur autorité morale, ces magistrats ont le pouvoir de faire triompher leurs doctrines en réformant les sentences des juges subalternes. Lors donc que ceux-ci se conforment à la jurisprudence d'une magistrature plus élevée, ils ne cèdent pas à l'autorité, mais ils entrent dans l'esprit du législateur, dont la sagesse a établi les divers degrés de juridiction.

(*b*) Thibaut, § 16, et avant lui plusieurs autres auteurs. — Ce sujet est très-bien traité dans Puchta, Gewonheitsrecht, II, p. iij.

Dans toute cette recherche, j'ai évité à dessein plusieurs expressions techniques, dont le sens vague et incertain a jeté beaucoup de confusion sur la matière dont je m'occupe. Je vais examiner rapidement les diverses significations que les auteurs modernes donnent à ces expressions, et montrer comment elles se rattachent aux doctrines que j'ai exposées.

Je commence par le mot *jurisprudence* (*Gerichtsgebrauch*). On appelle jurisprudence, tantôt le véritable droit coutumier fondé sur une longue suite de monuments judiciaires, tantôt les décisions uniformes d'un tribunal, auxquelles on attribue force obligatoire pour l'avenir. Il serait plus convenable de n'employer jamais les mots *jurisprudence* et *pratique*, que dans le premier sens, c'est-à-dire, pour désigner le véritable droit coutumier consigné dans les décisions judiciaires. — Je crois devoir signaler l'abus dangereux que souvent l'on fait de ces expressions. Plusieurs, pour établir un principe sur la pratique, se contentent de quelques décisions isolées. Mais comme les tribunaux ne sont pas plus infaillibles que les auteurs, ces décisions peuvent fort bien reposer sur une erreur de droit. Ici, comme pour les opinions des auteurs, il faut un accord de décisions plus général, et là où les jugements se contredisent, il n'y a pas de jurisprudence à invoquer (*c*).

(*c*) Voy., sur l'accord des auteurs, § 19, et sur les condi-

Je passe aux expressions *observance* ou *usage* *, dont le sens est encore plus vague.

Souvent on réserve ces expressions pour le droit public, et alors elles ont le même sens que coutume pour le droit privé (*d*). Quelquefois aussi on les applique au droit privé, dans le sens de droit coutumier; ce sont alors des mots inutiles et qu'il est mieux d'éviter (*e*). Le sens le plus précis qu'on leur donne est celui de droit coutumier, mais de droit coutumier particulier, restreint à une certaine classe de personnes, par exemple aux membres d'une corporation (*f*).

tions que doivent réunir les jugements pour fonder un droit coutumier, § 19, num. 4. On doit donc être en garde contre la formule si souvent répétée : Praxin testantur, etc.

(*d*) Pütter, Inst. jur. publ., § 44.

(*e*) Hofacker, § 127. Thibaut, § 16. On trouve le même langage dans plusieurs textes des sources du droit, § 7, J. de satisd. (IV, 11), « cum necesse est omnes provincias... re- « giam urbem ejusque observantiam sequi. » — L. 2, § 24 de O. J. (I, 2), « vetustissima juris observantia. » — Clem. 2 de appell. (II, 12), « antiquam et commuuem observantiam litigantium sequi. » Dans d'autres textes, *observantia* veut dire adoption constante d'une coutume; dans les auteurs classiques, respect pour la personne. Cicero, de Invent., II, 22, 53. Je ne parle pas ici de ces diverses significations.

(*f*) Eichhorn, Deutsches Privatrecht, § 40. Le caractère distinctif de ce mot est de s'appliquer aux personnes, et non

* Les mots allemands *Observanz* ou *Herkommen*, dont l'auteur donne ici l'explication, n'ont pas d'équivalents en français. (Note du trad.)

C'est une simple modification du même sens, que de désigner par là un statut tacite que cette corporation s'impose en vertu de son autonomie (*g*). Mais c'est donner au mot *observance* une signification toute différente, que de l'appliquer aux contrats tacites des membres de cette corporation (*h*). Alors il faudrait mieux rejeter cette expression équivoque, pour s'en tenir au mot *contrat*. Si l'on examine attentivement la chose, on voit que la plupart de ceux qui emploient le mot *observance*, y attachent l'idée de droit coutumier et non celle de contrat: comment donc a-t-on été amené à y joindre cette dernière idée? Cette question demande à être approfondie. — Certains rapports de droit nous laissent dans l'incertitude de savoir s'ils résultent des prescriptions du droit coutumier, ou d'un contrat tacite entre les parties intéressées. Ce doute,

aux localités. Ainsi, on l'emploie en parlant de la noblesse ou d'une classe de la noblesse, d'un chapitre, d'une corporation, etc., mais non en parlant d'une province ou d'une ville.

(*g*) Eichhorn, Kirchenrecht, vol. II, p. 39-44. Puchta, Gewohneitsrecht, II, p. 105, qui a déterminé avec plus de précision que tout autre le sens de ce mot et de ses synonymes, prétend qu'on ne doit l'employer que dans ce cas seulement, application de l'autonomie. En effet, la phraséologie de Puchta, si elle était adoptée, lèverait toutes les incertitudes.

(*h*) Maurer, Abhandlungen, N. 6. Hofacker, § 127. Thibaut, § 16. — D'un autre côté, voy. Eichhorn, p. 41.

ou plutôt la perception confuse de ce sujet, a conduit naturellement à l'emploi du mot vague *observance*. Mais loin de remédier au mal, l'adoption de ce mot l'a rendu irrémédiable, car, en dissimulant le doute, on a renoncé à l'éclaircir.

Je finis par l'examen de l'expression *communis opinio*, à laquelle on attachait autrefois une importance extraordinaire. On entendait par là une opinion des jurisconsultes tellement unanime, que nul ne pouvait se soustraire à son autorité. La gravité de ce résultat faisait chercher des règles sûres pour constater cette unanimité, comme Valentinien III en a établi par une loi (*i*). C'était se jeter dans le domaine de l'arbitraire, et souvent on le reconnaît à la bizarrerie des règles. J'ai dit (§ 19) ce que signifie opinion commune, et quelle valeur on doit y attacher. Au reste, les auteurs modernes n'emploient presque plus l'expression technique de *communis opinio*.

§ XXII. *Sources accessoires du droit.*

Jusqu'ici j'ai considéré les sources du droit romain actuel comme si elles existaient seules et indépendamment de toutes autres. J'ai dû me placer à ce point de vue pour les étudier d'une manière complète et dans toute leur pureté. Mais

(*i*) Puchta, Gewohnheitsrecht, I, p. 163.

dans aucun des pays où le droit romain a été adopté, les sources du droit n'ont eu cette existence isolée. Je dois donc examiner les autres sources avec lesquelles elles ont été en contact, et dont l'ensemble forme la réalité vivante du droit.

Dans chaque pays elles se trouvèrent tout d'abord placées en présence d'un droit national; en Allemagne, par exemple, en présence du droit germanique; et de même dans les autres pays, particulièrement en France. La combinaison de ces deux espèces de droits dans leur application fut toujours une matière difficile et compliquée, un problème dont la solution faisait un des objets les plus importants de la science, surtout dans sa partie pratique (§ 20).

A côté du droit étranger se plaça ensuite la législation nationale, qui, dans son cours, tantôt conciliait les deux droits, tantôt, indépendamment de ce conflit, organisait et fixait les nouveaux éléments fournis par la pratique (§ 20). Ainsi, en Allemagne, nous trouvons un droit territorial, qui tantôt embrasse tout un pays, tantôt une seule province, droit dont l'importance et l'étendue varient selon les différents États. Parallèlement à ce droit territorial, se montre le droit commun défini (§ 2), qui partout a le caractère d'un droit *supplétif*, et ne s'applique que quand le droit territorial n'a pas de disposition contraire.

Cela tient au besoin qu'a le droit de se développer par la législation, et la législation a précisément pour objet le développement du droit. Mais ce serait méconnaître la relation qui existe entre le droit territorial et le droit commun, que de se représenter le droit territorial comme applicable à la plupart des difficultés, et le droit commun réduit dans son application à certains cas rares et exceptionnels. Le droit commun, au contraire, a la prééminence partout où son empire est reconnu, et où il n'a pas été remplacé par de nouveaux codes.

En effet, des codes nationaux ont de nos jours complétement transformé les sources du droit, dans une grande partie de l'Europe. En Prusse et en Autriche, cette transformation a été amenée par le développement interne du droit; en France, la raison politique y a été pour beaucoup. D'abord, la révolution avait détruit bien des institutions; ensuite, on voulait, par l'uniformité du droit, effacer le souvenir de l'ancienne division des provinces. Ces nouveaux codes étaient appelés par le besoin interne qui avait fait naître un grand nombre de lois particulières dans divers pays. On voulait terminer le conflit des institutions romaines et des institutions germaniques, et lever les difficultés engendrées par les théories confuses et la pratique souvent incertaine des siècles antérieurs (§ 19, 20). Ce but ne pouvait

être atteint que quand la critique, par des recherches profondes, aurait débarrassé la science de ses imperfections. Mais le législateur étant placé lui-même sous l'influence du mal auquel il voulait remédier, les améliorations ne pouvaient être qu'extérieures, accidentelles et bornées, tandis que les erreurs fondamentales ainsi fixées par un texte, l'action continuelle et bienfaisante de la science se trouvait suspendue, ou du moins entravée.

Ces nouveaux codes se distinguent des lois particulières rendues antérieurement, par l'étendue de ce qu'ils embrassent, et par leur caractère d'exclusion. Ce sont en effet autant de systèmes complets sur l'universalité du droit. Ainsi, par exemple, quoique les rédacteurs du code prussien ne voulussent pas changer les matériaux du droit, mais les présenter sous une forme meilleure, la force organique qui est au fond de toute théorie, les entraîna bientôt malgré eux au delà du but qu'ils s'étaient posé; et si les conséquences auxquels ils furent amenés, eussent été prévues d'avance, peut-être auraient-elles inspiré de sérieuses réflexions sur la nature même de l'entreprise. — Le caractère exclusif de ces codes donna, quant à la forme, une nouvelle base au droit positif, car, les textes une fois promulgués, l'application directe du droit romain devient nécessairement impossible ; mais, quant au fond, les

règles et les principes qui découlent des anciennes sources du droit, continuent de subsister dans les lois nouvelles. Pour en avoir l'intelligence complète, il faut les ramener à leur origine. L'étude approfondie des anciennes sources du droit n'est donc pas devenue inutile, comme plusieurs s'en étaient vainement flattés.

Tel est le motif qui m'a fait prendre le droit romain actuel pour sujet de cet ouvrage. S'il trouve son application directe dans les pays où les anciennes sources du droit sont encore en vigueur, il sert à approfondir les codes modernes, et son étude demeure toujours la source la plus féconde pour vivifier la science et la pratique qui s'y rattache.

§ XXII. *Principes des Romains sur les sources du droit en général* (*a*).

A l'exposition qui précède de la nature des sources du droit, je vais maintenant rattacher les principes adoptés par les Romains sur cette matière. Mais avant d'en déterminer l'autorité et la valeur, je dois les énumérer tous. Le droit canon et les lois de l'Empire ont aussi quelques rapports à ce sujet; mais cela se réduit à très-peu de chose,

(*a*) Puchta, Gewohnheitsrecht, L. I, ch. 4, 5, 6.

et sera convenablement placé comme appendice.

L'énumération des sources du droit, telle qu'on la trouve dans plusieurs passages des jurisconsultes romains, ne repose sur aucune idée systématique. C'est plutôt une exposition des formes extérieures du droit, sans égard à leur essence, à leur origine, ou à leur classification qui ne peut être fondée que sur les rapports et les différences de leur contenu. Cette énumération, qui d'ailleurs répond parfaitement à l'esprit pratique des Romains, servait au juge comme d'indication, pour savoir où il devait chercher les moyens de résoudre une question de droit. A cette manière extérieure d'envisager la question, à ce but, était très-bien appropriée la division souvent reproduite du *jus scriptum* (*b*) et *non scriptum ;* expressions qu'il faut entendre littéralement, et auxquelles les Romains eux-mêmes n'attachaient pas grande importance. Ainsi, ils appelaient *jus scriptum*, le droit dont l'origine se rattache à un texte écrit (*c*). Plusieurs

(*b*) § 3, 9, 10, J. de jure nat. (I, 2), L. 6, § 1, de J. et J. (I, 1). L. 2, § 5, 12, de orig. jur. (I, 2). Voici un passage de Cicéron, qui résiste à toutes les subtilités, de partit. orat. C. 37 : « sed propria legis et ea *quæ scripta sunt*, et ea quæ *sine litteris*, aut gentium jure aut majorum more, retinentur. »

(*c*) Ainsi l'édit prétorien appartenait au *jus scriptum*, quand même il s'appuyait sur le droit coutumier. Le préteur, en adoptant le droit coutumier, le recomposait, lui donnait un

jurisconsultes modernes, ne se contentant pas d'une explication aussi simple, appellent *jus non scriptum* le droit non promulgué, c'est-à-dire, le droit coutumier, sans tenir aucun compte de l'emploi ou de l'absence de l'écriture (*d*). D'autres concilient les deux opinions en donnant à ces expressions deux sens, l'un scientifique, l'autre grammatical, que chacun peut adopter suivant son gré (*e*).

Gaius énumère ainsi les sources du droit : lois, plébiscites, sénatus-consultes, constitutions impériales, édits, réponses des prudents (*f*). Les

caractère de certitude, qui, pour la pratique, le rendait chose nouvelle. Les *responsa* des jurisconsultes rentraient également dans le *jus scriptum*, parce que l'écriture servait à en fixer l'autorité. Mais un principe du droit coutumier ne devenait pas *jus scriptum*, quand un jurisconsulte l'insérait dans ses ouvrages et l'adoptait comme vrai, car cela ne touchait en rien à l'origine du droit. — Cf. Thibaut, § 10. — L'explication que donne Zimmern, I, § 14, est beaucoup trop subtile et très-loin de la vérité.

(*d*) Hübner, Berichtigungen und Zusätze zu Höpfner, p. 152.

(*e*) Glück, I, § 82, s'étend longuement sur ce sujet, et indique les auteurs qui l'ont traité avant lui. — Cette erreur a sa source, mais non sa justification, dans les L. 35, 36, de legibus (I, 3). — L'opinion que je combats a néanmoins cela de vrai, c'est que le droit écrit, fixé par une lettre invariable, a un plus haut degré de certitude que le droit coutumier. Mais l'autorité législative n'est nullement une condition indispensable, car le préteur faisait du droit écrit sans être législateur.

(*f*) Gaius, I, § 2-7.

Institutes de Justinien reproduisent la même énumération, en y ajoutant le droit non écrit (*g*). Pomponius commence par faire une exposition chronologique des sources du droit, dont il résume ensuite les différentes classes : *lex, prudentium interpretatio, legis actiones*, plébiscites, édits, sénatus-consultes, constitutions impériales (*h*). Enfin, Papinien s'accorde avec Gaïus, sauf qu'il substitue, comme Pomponius, aux réponses des prudents, l'expression plus générale d'*auctoritas prudentium* (*i*). — Les différences de ces textes tiennent à l'ordre suivi dans l'énumération des sources, à l'admission ou au rejet du droit non écrit, à la manière d'envisager le droit des jurisconsultes, et enfin à l'addition des *legis actiones* faite par Pomponius. Cette dernière différence s'explique aisément. Dans un résumé de l'histoire du droit, Pomponius pouvait très-bien parler d'une matière dont la mention eût été déplacée dans un ouvrage sur la pratique.

L'énumération des sources du droit se trouve encore dans plusieurs ouvrages de rhétorique. Un passage des Topiques de Cicéron se rapproche beaucoup des textes des jurisconsultes cités plus haut; ce qui s'explique par la nature de cet

(*g*) § 3, J. de j. nat. (I, 2).
(*h*) L. 2, § 12, de orig. jur. (I, 2).
(*i*) L. 7, de J. et J. (I, 1).

ouvrage (*k*). Ailleurs, on ne trouve que des spéculations systématiques sur l'origine du droit, spéculations vagues et confuses, et qui, néanmoins, s'arrêtent aux manifestations extérieures du droit (*l*). La confusion est même poussée si loin, que l'on voit rangés parmi les sources, les faits individuels de l'homme qui servent de base aux rapports de droit, confusion dans laquelle les jurisconsultes ne sont jamais tombés (*m*).

Les anciens jurisconsultes ont défini avec plus d'exactitude certaines divisions du droit qui avaient un grand intérêt pratique. Je veux parler de ces deux divisions : *jus civile* et *jus gentium*, *jus civile* et *jus honorarium* (*n*).—Voici le sens de

(*k*) Cicero, Top. ch. 5, « ut si quis jus civile dicat id esse « quod in legibus, senatus-consultis, rebus judicatis, juris- « peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, æqui- « tate consistat. »

(*l*) Cicero, de invent., II, ch. 22, 53, 54; de part. orat., ch. 37; auctor ad Herennium, II, ch. 13.

(*m*) Par ex. Cicero, de part. orat. Le droit dérive de la nature ou de la loi. Celle-ci est écrite ou non écrite. La loi écrite est faite par l'autorité publique, *lex*, *senatus-consultum*, *fœdus*, ou par les particuliers, *tabulæ*, *pactum conventum*, *stipulatio*. Les contrats figurent aussi dans la définition de la loi non écrite Les passages cités plus haut ont tous le même sens.

(*n*) Cf. Dirksen, Eigenthümlichkeit des Jus Gentium, Rhein. Museum, vol. I, p. 1-50. — Puchta, Gewohnheitsrecht, I, p. 32, 40.

la première. Dès que Rome eut établi des relations avec les peuples voisins, les tribunaux romains se virent obligés, indépendamment du droit national, d'appliquer et par conséquent de connaître le droit de ces peuples; non-seulement le droit particulier à chacun d'eux, mais celui commun à plusieurs. Plus Rome étendit sa domination, plus ces relations se multiplièrent, plus leur cercle grandit, et l'on se vit ainsi naturellement amené à l'idée abstraite d'un droit commun aux Romains et à tous les peuples (*o*). Cette idée, empiriquement acquise, n'était pas rigoureusement vraie, et les Romains eux-mêmes ne se trompaient pas sur la valeur de leur induction; d'abord ils ne connaissaient pas tous les peuples, ensuite ils ne s'étaient pas curieusement enquis de savoir si chacun des principes du *jus gentium* était réellement admis chez tous les peuples qu'ils connaissaient. Ce caractère de généralité relative une fois admis, on dut remonter à son origine, et on la trouva dans la *naturalis ratio*, c'est-à-dire, dans les idées de droit naturellement communes à tous les hommes (*p*),

(*o*) « Omnes homines, » « omnes gentes, » « gentes humanæ. » Gaius, I, § 1. L. 9, L. 1, § 4, de J. et J. (I, 1).

(*p*) Gaius, I, § 1, 189; II, § 66, 69, 79, L. 9 de J. et J. (I, 1). L. 1, pr. de adq. rer. dom. (XLI, 1). — Dans les ouvrages de rhétorique, on l'appelle ordinairement *natura* (note *l*). — J'ai indiqué la source de cette opinion à la fin du § 8.

d'où sortait comme conséquence nécessaire l'immuabilité de ce droit (q). Mais on se contentait de poser cette origine comme principe, sans en poursuivre les conséquences, et soumettre chacune des règles du *jus gentium* à un examen rigoureux.

Si maintenant on compare le droit national des Romains au droit général, on obtient les résultats suivants. Quelques institutions et les règles qui s'y rattachent sont communes au *jus gentium* et au *jus civile;* tels sont les contrats les plus usuels, la vente, le louage, la société, etc., la plupart des délits en tant qu'ils entraînent une réparation de dommages, la tradition comme moyen d'acquérir la propriété, et qui, d'après le droit civil, s'appliquait aux *res nec mancipi*, enfin l'esclavage héréditaire.—Un bien plus grand nombre d'institutions appartenaient exclusivement au droit civil : d'abord, le mariage qui, même sous sa forme la plus libre, n'était possible qu'entre citoyens romains, et soumis à des conditions rigoureusement déterminées ; puis, l'autorité paternelle qui servait de base à l'agnation ; la plupart des moyens d'acquérir la propriété, et les plus importants, la mancipation, l'usucapion, etc. ; pour les obligations, la *verborum* et *literarum obligatio ;* les délits comme soumis à des peines

(q) L. 11, de J. et J. (I, 1), § 11, J. de j. nat. (I, 2).

positives; enfin, le droit de succession. — Néanmoins, le plus grand nombre de ces institutions du droit positif sont fondées sur la nature même de l'homme, et existent aussi dans le droit étranger, mais sous une autre forme. Aussi, quand Rome eut étendu ses relations avec les autres peuples, les tribunaux romains reconnurent dans la pratique les institutions du droit général correspondant aux institutions du droit civil. Ainsi, ils admirent un mariage selon le *jus gentium*, aussi valide que le mariage civil, quoique privé de quelques-uns de ses effets. A côté de l'agnation ils admirent une *naturalis cognatio;* à côté de la propriété *ex jure Quiritium*, la propriété *in bonis;* à côté des formes rigoureuses de la stipulation (*spondes spondeo*), des formes plus libres, accessibles aux étrangers. Le droit de succession, dont la nature est toute positive, résista davantage à l'influence du droit général; c'est néanmoins à cette influence qu'il faut rapporter les extensions progressives de la succession *ab intestat* des cognats. — D'après ce qui précède, on voit qu'il n'y a pas d'opposition complète entre le droit national et le droit général (*jus civile* et *jus gentium*), car une grande partie du premier se retrouve dans le second (*r*). D'ailleurs,

(*r*) Considéré sous ce point de vue, ce contraste a de l'analogie avec celui de *jus scriptum* et *æquitas*, jus (ou *juris ratio*)

cette opposition partielle devait encore diminuer par la suite des temps; car deux systèmes de droit, incessamment en contact, appliqués par les mêmes juges, tendent naturellement à s'assimiler.

Ainsi, encore s'explique d'une manière plus simple l'identité de deux expressions que j'emploie comme synonymes : *jus gentium*, droit qui se retrouve chez tous les peuples connus; *jus naturale*, droit fondé sur la nature générale de l'esprit humain (*s*). — Cependant, de ces deux formes de la même idée, la première doit être regardée comme prédominante, car, sous le point de vue des Romains, le *jus gentium*, aussi bien que le *jus civile*, était un droit positif ayant dans l'histoire son origine et ses développements. A mesure que le peuple romain, s'assimilant les peuples conquis, perdait de son individualité, le *jus gentium*, mieux approprié à l'immense étendue de l'empire et au nouvel état de choses, devait croître en importance, comme nous le

et *utilitas*. Les considérations générales que j'ai présentées sur ce sujet, § 15, trouvent ici une application historique spéciale.

(*s*) Cette terminologie peut être regardée comme celle adoptée par les jurisconsultes romains. Néanmoins, ils en avaient encore une autre qui avait un membre de plus, *jus naturale, gentium, civile*. J'en parlerai dans l'appendice de ce vol., N. I.

montre la législation Justinienne. Cette grande révolution était l'œuvre de la nécessité, et il n'y a dans son accomplissement ni arbitraire ni sagesse, rien à blâmer ou à louer, sinon que l'action lente et silencieuse de cette nécessité fut appréciée avec une justesse jusqu'alors sans exemple, et la lettre du droit mise en harmonie avec son nouvel esprit plus habilement qu'on ne devait l'attendre du sixième siècle.

Le plus grand intérêt pratique, alors attaché à l'opposition des deux systèmes de droit, c'est que leur application tenait à l'état personnel des individus. Le droit civil, proprement dit, n'était fait que pour les citoyens romains; dans la suite, on rendit communes aux Latins quelques-unes de ses institutions, mais la jouissance en fut toujours interdite aux étrangers, tandis que le *jus gentium* s'étendait à tous les hommes ayant la capacité du droit. La même distinction se reproduit pour les immeubles; ainsi, certaines parties du droit des choses s'appliquaient exclusivement, en Italie ou dans les provinces, selon qu'elles appartenaient au droit civil (ex : la mancipation, l'usucapion), ou au *jus gentium;* la tradition, par exemple. Ici on peut demander comment ces distinctions se rattachent à la division du droit, en droit écrit et droit non écrit. Ordinairement on ne parle du droit non écrit qu'à propos du *jus civile* dont il serait une subdivision. Mais

cette restriction n'est pas fondée sur la réalité des choses; et comme le *jus gentium* résulte de la comparaison du droit de plusieurs peuples, et qu'ainsi il ne peut être question de textes, quand même quelques-uns de ces peuples auraient des lois écrites, le *jus gentium* primitif, à moins que par hasard il n'eût été inséré dans l'édit, faisait, pour les Romains, partie du droit non écrit, et nous apparaît comme une subdivision existant à côté du droit coutumier national (*mores majorum*). Au reste, cette idée ne se trouve exprimée dans aucun jurisconsulte, mais seulement dans Cicéron (*t*).

Il me reste à signaler un nouveau rapport entre les deux espèces de droits que je viens de caractériser. Comme le *jus gentium*, à Rome, formait un système de droit positif d'une application pratique, il dut nécessairement subir l'influence des prescriptions du *jus civile*. Si, par exemple, le *jus civile* défendait le mariage à un certain degré de parenté, le *jus gentium* ne l'aurait pas permis à Rome, quand bien même le droit des peuples étrangers en eût reconnu la validité (*u*).

(*t*) Cicero, de part. orat. ch. 37. Voy. plus haut note *b*.

(*u*) § 12, J. de nupt. (I, 10.) Cf., § 65, note *b*. — Le *jus gentium* peut alors, en quelque sorte, être examiné sous un double point de vue, l'un théorique, l'autre pratique, selon que l'on étudie l'origine du droit lui-même, ou son application chez les Romains.

De même encore, les contrats interdits par le *jus civile*, tels que les dettes de jeu ou les intérêts usuraires, ne donnaient pas lieu à une *naturalis obligatio*. Voici comment Cicéron (de part. orat., ch. 37) exprime cette action du *jus civile* sur le *jus gentium* : « Atque etiam hoc imprimis, ut *nostros mores legesque* tuamur, quodammodo *naturali jure præscriptum est.* » Au reste, je n'ai pas besoin de dire que cette action du droit civil est restreinte aux règles qui ont le caractère d'un droit absolu (§ 16).

Une seconde division du droit est celle du *jus civile* et *jus honorarium* (*v*). Quant à ses résultats pratiques, on ne doit pas croire que le *jus civile* eût une autorité supérieure à celle du *jus honorarium* et dût lui être préféré en cas de collision; seulement, le *jus honorarium*, émané d'un magistrat, se bornait à l'étendue de sa juridiction et à la durée de son exercice, tandis que le *jus civile* était susceptible d'embrasser tous les temps

(*v*) L. 7, pr. de J. et J. (I, 1.) L. 2, § 10 de orig. jur. (I, 2.) § 7, J. de j. nat. (I, 2.) — Ainsi donc, *Jus civile* a plusieurs significations très-différentes : 1° droit privé (§ 1); 2° droit positif d'un peuple quelconque; 3° droit privé des Romains, § 1, 2, 3, J. de j. nat. (I, 2.) L. 6, pr. L. 9 de J. et J. (I, 1); 4° le droit romain à l'exclusion du *jus honorarium*, L. 7 de J. et J. (I, 1); 5° enfin, tout droit auquel on ne peut donner une désignation plus spéciale, L. 2, § 5, 6, 8, 12, de orig. j. (I, 2.)

et toutes les parties de l'empire (*w*). Voilà l'idée qu'expriment les mots de *lex* ou *quod legis vicem obtinet* (*x*) appliqués au *jus civile,* et ce qu'entendent les anciens jurisconsultes quand ils ont soin d'assigner ce caractère à une des sources du droit (*y*). Mais cette distinction toute pratique avait une base plus profonde. Les décrets du peuple, les sénatus-consultes, les constitutions impériales créaient réellement un droit nouveau,

(*w*) Je ne dis pas que leur autorité fût générale, mais seulement qu'elle pouvait l'être. Ainsi, par exemple, les édits des empereurs avaient régulièrement force de loi dans tout l'empire, quoique souvent ils ne fussent rendus que pour une province ou pour une ville. Les *responsa*, et, dans l'origine, les rescrits, ne s'appliquaient qu'à une seule affaire, et, en ce sens, leur autorité était fort restreinte; mais ils allaient dans tout l'empire : les édits d'un magistrat ne dépassaient pas les bornes de sa juridiction.

(*x*) Gaius, IV, § 118. « Exceptiones..... omnes vel ex le« gibus, vel ex his quæ legis vicem obtinent substantiam ca« piunt, vel ex jurisdictione prætoris proditæ sunt.» L. 14 de condit. inst. (XXVIII, 7). — Ce que Gaius dit en passant des exceptions s'applique également aux plaintes.

(*y*) Ont *legis vicem :* 1° les sénatus-consultes, Gaius, I, § 4; 2° les constitutions des empereurs, Gaius, I, § 5, L. 1, pr. de const. (I, 4) (même les *imperiales contractus*, L. 26, C. de don. int. vir., V, 16); 3° les *responsa,* Gaius, I, § 7; 4° le droit coutumier, L. 32, § 1, L. 33, de leg. (I, 3) « pro « lege. » L. 38 eod. « vim legis. » L. 3, C. quæ sit longa cons. (VIII, 53) « legis vicem. » § 9, J. de j. nat. (I, 2) « legem imi« tantur. »

tandis que le préteur, dans son édit, ne constituait pas le droit, il était pour cela sans qualité, seulement il déclarait comment il entendait le droit, et les principes qu'il suivrait dans l'exercice de ses fonctions. Ainsi, il y avait des règles établies *ipso jure*, d'autres *jurisdictione, tuitione prætoris*.

Cette distinction deviendra encore plus claire si on la rapproche de ce que j'ai dit précédemment. — D'abord, on voit que le *jus honorarium* appartient exclusivement au droit écrit, et que le *jus civile* rentre seul dans le droit non écrit. Le rapport du *jus honorarium* au *jus gentium* paraît moins évident. D'abord, ce serait tout à fait se tromper que de les regarder comme identiques; l'édit du *prætor urbanus* contenait beaucoup de règles particulières au droit romain, ensuite il admettait, en vue de l'*utilitas* (z), plus d'un principe contraire à la *naturalis ratio* (§ 15). On ne doit pas non plus considérer le *jus civile* et le *jus honorarium* comme des subdivisions du *jus civile* par opposition au *jus gentium*, car les édits provinciaux, à côté du droit local, renfermaient beaucoup de règles du *jus gentium*, et ce droit devait occuper encore plus de place dans l'édit du *prætor peregrinus*. Seulement, on peut

(z) Duroi, Archiv. V. VI, p. 308, 309, 393, donne des exemples de semblables conflits entre l'édit et le *jus gentium*.

dire que plus d'un élément général du *jus gentium* ayant passé dans le *jus civile* des Romains, cette transition s'était souvent opérée au moyen du *jus honorarium*. Enfin, on peut demander si le droit prétorien, en tant qu'il constitue un nouveau droit, et surtout en tant qu'il modifie le *jus civile*, est une loi ou une coutume. Il est maintenant reconnu que ces modifications s'accomplissaient en vertu du droit coutumier, et non de l'autorité législative du préteur (§ 25, *t*); ce serait néanmoins se tromper que de regarder le préteur comme simple rédacteur du droit coutumier. Sans doute, ses matériaux lui étaient fournis par la coutume; mais, quant à leur mise en œuvre, aux développements et aux modifications de détail, quant aux lacunes à combler (corrigendi, supplendi juris civilis), il jouissait d'une complète indépendance (*aa*). Ainsi, en fait, les préteurs avaient une très-grande part à la formation du droit, mais leur renouvellement annuel replaçait cette fonction entre les mains du

(*aa*) Certains textes nous représentent l'édit comme fondé sur le droit coutumier (§ 25, *t*.); d'autres opposent le droit coutumier à l'édit, par ex., Gaius, III, § 82 : « neque lege XII « tabul., neque prætoris edicto, sed eo jure quod consensu « receptum est; » et § 3-9, J. de j. nat..(I, 2). Cette contradiction apparente est facile à expliquer. Ces derniers textes parlent du droit coutumier, qui a conservé sa forme primitive et qui n'a pas passé dans l'édit.

peuple. C'était un pouvoir populaire empreint d'un caractère d'aristocratie.

Ce que je viens de dire sur la manière dont les Romains envisageaient les sources du droit, est vrai pour tout le temps où la science du droit conserva encore quelque vie. Postérieurement à cette époque, c'est-à-dire, depuis les empereurs chrétiens, les idées changèrent complétement. Il n'y eut plus que deux sources du droit, les *leges* et le *jus*, c'est-à-dire, les édits des empereurs et les écrits des jurisconsultes, car ces deux formes avaient absorbé tous les anciens éléments du droit (§ 15 *a*). Valentinien III soumit à des règles l'autorité des auteurs devant les tribunaux (§ 26); mais les sources furent encore simplifiées par la législation de Justinien. Il donna force de loi à une partie de la littérature scientifique, enleva toute autorité à la partie beaucoup plus considérable qu'il rejetait, et défendit de composer à l'avenir aucun ouvrage nouveau (§ 26). Le Digeste ainsi posé, non comme *jus*, mais comme *lex*, on peut dire que les sources du droit se réduisaient aux constitutions impériales, sauf une espèce de droit coutumier renfermé dans des bornes très-étroites, et dont je parlerai bientôt. — Les divisions générales du droit en *jus civile* et *jus gentium*, *civile* et *honorarium*, ne devaient plus figurer dans la législation Justinienne que comme des faits his-

toriques, car elles avaient perdu toute importance pratique, sinon toute application. Ainsi, en principe, il était toujours vrai que les citoyens romains pouvaient seuls contracter un mariage revêtu de tous les effets civils, exercer la puissance paternelle, faire un testament, être institués héritiers; mais ceux auxquels on refusait ces capacités, les *peregrini*, n'étant plus que des étrangers, le principe avait perdu de son importance, à cause de la rareté de son application. Pour les étrangers eux-mêmes ces incapacités n'eurent plus, en réalité, le même intérêt, car, depuis la novelle 118, les successions *ab intestat* furent déférées sans égard à l'agnation. — Depuis longtemps le *jus honorarium* n'existait plus, on n'avait donc pas à fixer géographiquement les limites de son application.

§ XXIII. *Principes des Romains sur les lois. — Sources.*

Ce que les sources du droit renferment sur les anciennes formes de la législation se réduit à fort peu de chose. Ce sont des lieux communs et des conseils pour le législateur assez insignifiants (*a*). Sans doute les anciens jurisconsultes

(*a*) L. 3-6, 8, 10-12, de leg. (I, 2).

sultes donnaient d'importantes notions sur la place qu'occupaient, dans le droit public, les diverses espèces de décrets du peuple, et sur l'autorité législative du sénat. Mais ces matières étaient trop étrangères au temps où vivait Justinien, pour qu'il les admît dans ses recueils (*b*).

Les renseignements et les règles touchant la législation impériale sont plus importants et plus complets. Ce sujet trouvait encore son application sous le règne de Justinien, et de nos jours il a conservé une partie de son intérêt. Gaius et Ulpien s'accordent à dire que les constitutions ont *legis vicem* parce que chaque empereur reçoit son *imperium* en vertu d'une *lex* (*c*), et ils distinguent trois espèces de constitutions, les édits, les décrets et les rescrits, auxquels il convient d'ajouter les mandats.

I. *Édits*. — Le nom de cette espèce de consti-

(*b*) Le texte mutilé d'Ulpien, tit. de leg., § 3, confirme cette supposition. Cf. Blume Zeitssch. f. gesch. Rechtsw., IV, 367.

(*c*) Gaius, I, § 5. — L. 1, de const. princ. (I, 4) d'Ulpien, reproduite § 6, J. de j. nat. (I, 2). Ce n'est pas ici le lieu d'examiner pourquoi, dans le Digeste et dans les Institutes, *Lex Regia* n'a pas conservé son sens primitif. — Ordinairement le mot *constitutio* désigne le genre entier; quelquefois aussi les édits, par opposition aux rescrits. L. 3, C. si minor. (II, 43).

tution et le droit d'en faire usage se rattachent directement aux institutions de la république. Les édits étaient des ordonnances rendues par les empereurs en vertu d'une magistrature dont ils étaient investis, ordonnances semblables aux édits que les préteurs, les proconsuls, etc., rendaient avant l'établissement de l'empire, et que longtemps encore ils continuèrent à rendre depuis son établissement. Si les empereurs différèrent d'employer les édits comme instrument pour les actes les plus importants de leur autorité suprême, cela tient à deux circonstances. D'abord ils s'efforcèrent longtemps de gouverner en conservant les anciennes formes; puis les édits, si l'on s'en tenait rigoureusement à leurs limites, ne s'adaptaient pas bien à une législation générale. En effet, si l'empereur rendait un édit en vertu de sa *tribunitia potestas*, cet édit, comme l'autorité même des tribuns, ne s'appliquait pas au delà de Rome; si l'empereur usait de sa *proconsularis potestas*, son édit n'avait d'autorité que dans les provinces qui lui étaient tombées en partage. Quand on se fut habitué à considérer l'empereur comme magistrat souverain de tout l'empire, alors seulement ses édits purent être reçus comme lois de l'empire, aussi est-il digne de remarque que déjà Gaius leur attribue la *legis vicem*, c'est-à-dire une autorité générale, car la circonscription dans de

certaines limites était précisément ce qui distinguait les édits des *leges* et de ce qui *legis vicem obtinet* (§ 22); néanmoins, on trouve dès les premiers siècles un assez grand nombre d'édits impériaux d'une authenticité certaine; mais je n'admets comme tels que ceux mentionnés dans les sources du droit, car, lorsqu'il s'agit de l'acception précise d'un mot technique, on ne peut s'en rapporter aux historiens (*d*).

Les édits ayant seuls le caractère et l'autorité générale de loi, il devait y avoir des signes cer-

(*d*) Je vais indiquer plusieurs édits non douteux, et il serait facile de grossir cette liste. Quatre d'Auguste, L. 2, pr. ad Sc. Vell. (XVI, 1), L. 26, de lib. (XXVIII, 2), L. 8, pr. de quæst. (XLVIII, 18), Auct. de j. fisci, § 8. — Quatre de Claude, L. 2, pr. ad Sc. Vell. (XVI, 1), L. 15, pr. ad L. Corn., de falsis (XLVIII, 10), L. 2, qui sine man. (XL, 8), L. un., § 3, C. de lat. lib. (VII, 6), Ulpien, III, § 6. — Deux de Vespasien, L. 4, § 6, de leg. (L. 7), L. 2, C. de æd. priv. (VIII, 10). — Un de Domitien, L. 2, § 1, de cust. (XLVIII, 3). — Un de Nerva, L. 4, pr. ne de statu (XL, 15). — Quatre de Trajan, L. 6, § 1, de extr. crim. (XLVII, 11), Gaius, III, § 172, § 4, J., de succ. lib. (III, 7), L. 13, pr., § 1, de j. fisci (XLIX, 14), Auct. de j. fisci, § 6. — Deux d'Hadrien, Gaius, I, § 55, 93, L. 3, C. de ed. D. Hadr. (VI, 33). — Un de Pius, L. 11, de mun. (L. 4). — Trois de Marc-Aurèle, § 14, J. de usuc. (II, 6), L. 24, § 1, de reb. auct. jud. (XLII, 5), L. 3, C. si adv. fiscum (II, 37). — Un de Sévère, L. 3, § 4, de sep. viol. (XLVII, 12). Il faut encore ranger parmi les édits les manifestes étrangers au droit, par ex., ceux de Nerva dont parle Pline, epist. X, 66.

tains auxquels on pût les reconnaître et les distinguer des autres constitutions. Ces signes sont énumérés de la manière suivante dans une constitution de Théodose II et de Valentinien III; le nom d'*edictum* ou *generalis lex*, la communication au sénat par une *oratio*, la publication par les lieutenants des provinces, enfin la mention expresse que la constitution a force obligatoire pour tous. Un seul de ces signes suffit, indépendamment des autres (*e*); ainsi, un édit n'en est pas moins valide pour être rendu à l'occasion d'un procès, la constitution citée le dit expressément; de même encore l'édit devait être connu et respecté de tous, quoiqu'il ne concernât pas tous les Romains, mais seulement une certaine classe de personnes (*f*); enfin l'édit ne perdait rien de son caractère de généralité pour être adressé spécialement au magistrat qui l'avait sollicité (*g*). — Les empereurs ajoutent qu'à l'a-

(*e*) L. 3, C. de leg. (I, 14).

(*f*) C'est ce que nos jurisconsultes appellent un *jus singulare*. — Ainsi, par ex., les édits d'Auguste et de Claude, relatifs aux cautions des femmes, et l'édit d'Auguste, qui défend de déshériter les soldats, L. 2, pr. ad Sc. Vell., L. 26, de lib. (XXVIII, 2), eussent été regardés par les jurisconsultes des temps postérieurs comme *leges generales*. Guyet, Abhandlungen, p. 42, s'est mépris à ce sujet.

(*g*) La plupart des lois impériales, notamment celles de Justinien, étaient adressées à un fonctionnaire, par ex., à un *præfectus prætorio*, et ainsi avaient la forme de rescrits; mais

venir ils auront recours, pour la rédaction de leurs édits, à la coopération du sénat (*h*), sans néanmoins faire dépendre de cette formalité l'autorité législative des édits. — Enfin, on reconnaît la nécessité de la publication, mais on n'en fixe pas le mode, seule chose qui ait de l'intérêt pour la pratique (*i*).

II. *Décrets.* — C'est ainsi que l'on appelle les jugements interlocutoires et définitifs rendus par l'empereur dans l'exercice de son autorité judiciaire (*k*). Attribuer aux décrets, comme aux autres constitutions, force de loi pour le cas particulier où ils sont rendus, paraît une inconséquence, car les décrets étaient des décisions judiciaires toujours obligatoires, comme émanant du tribunal suprême de l'empire. Mais la juri-

comme personne ne doutait que ce ne fussent des *edicta, generales leges, leges edictales*, on ne les appelait pas des rescrits. Un exemple emprunté à nos institutions rendra la chose sensible. Tout ce que renferme le recueil des lois prussiennes, lois ou ordonnances, est également obligatoire, et cependant les unes sont adressées directement à tous les sujets et à tous les fonctionnaires, les autres sont des ordres du cabinet adressés au ministère d'État ou à un ministre spécial. Cf. § 24, note *e*.

(*h*) L. 8, C. de leg. (I, 14).

(*i*) L. 9, C. de leg. (I, 14).

(*k*) L. 1, § 1, de const. princ. (I, 14), « Quodcumque igitur Imp.... vel *cognoscens decrevit*, vel *de plano interlocutus est*.... legem esse constat. »

diction impériale était une institution en dehors de toutes les règles, institution à laquelle les anciennes idées de *judicium* et *res judicata* ne s'appliquaient pas directement; peut-être voulait-on exprimer que les jugements de l'empereur réglaient le point litigieux d'une manière encore plus définitive que les jugements d'un tribunal ordinaire. D'ailleurs, il n'y avait pas entre eux de différence essentielle. Ainsi les décrets, comme les jugements, ne s'appliquaient qu'à une espèce particulière, et même, les règles de droit contenues dans leur dispositif n'avaient pas force de loi pour l'avenir. Néanmoins, les règles appliquées par les décrets jouissaient d'une grande autorité, aussi les jurisconsultes en faisaient-ils des recueils (*l*), et souvent un seul décret servait de base à l'établissement d'un principe nouveau (*m*).

Justinien laissa les choses dans cet état, quant aux jugements interlocutoires; une constitution insérée au Code le dit expressément (*n*); mais il

(*l*) Pauli libri tres decretorum. Le recueil des édits d'Hadrien, de Dosilheus.

(*m*) Par ex., le decretum D. Marci, sur ceux qui se font justice eux-mêmes. L. 13, quod metus (IV, 2), L. 7, ad L. J. de vi priv. (XLV III,7).

(*n*) L. 3, C. de leg. (I, 14), « .... interlocutionibus, quas « in uno negotio judicantes protulimus vel postea proferemus, *non in commune præjudicantibus,* » par opposition aux édits qui avaient force de loi.

accrut l'autorité des jugements impériaux définitifs, et il ordonna que les règles de droit, sanctionnées par eux, deviendraient lois pour tous les cas semblables (*o*). La forme seule de cette ordonnance prouve qu'elle modifie le droit existant, et en établit un nouveau. Ainsi donc, quand Justinien invoque, à ce sujet, l'autorité des anciens jurisconsultes, il donne à leurs paroles un sens arbitraire; car certainement ces jurisconsultes ne reconnaissaient force de loi aux décrets que pour l'espèce où ils étaient rendus (*p*). Au reste, cette innovation pouvait se justifier, et ne prêtait pas au même abus que les rescrits. En effet, l'empereur ne pouvait être trompé par un exposé infidèle, puisque les deux parties étaient en présence, et la publicité attachée aux formes solennelles de la juridiction impériale tenait, jusqu'à un certain point, lieu de promul-

(*o*) L. 12, pr. C. de leg. (I, 14). « Si imperialis majestas « causam cognitionaliter examinaverit, et *partibus cominus* « *constitutis sententiam dixerit* : omnes omnino judices sciant « hanc esse legem non solum illi causæ, pro qua producta est, « *sed et omnibus similibus.* » On a coutume de regarder ce texte comme en contradiction avec celui cité note précédente. Néanmoins, il distingue les deux espèces de décrets précisément comme le fait Ulpien (note *k*).

(*p*) L. 12, cit. « . . . cum et veteris juris conditores, constitutiones quæ ex imperiali decreto processerunt, legis vim obtinere, aperte dilucideque definiant. » Ce qui paraît se rapporter à Gaius, I, § 5.

gation (*q*). Ainsi, avant Justinien, les décrets n'avaient force de loi que pour un cas particulier, et Justinien mit au rang des lois générales les règles contenues dans les jugements définitifs.

Cette distinction que Justinien établit a été souvent mal comprise par les jurisconsultes modernes. Quelquefois on la confond avec le principe général, qu'un jugement n'a d'effet qu'entre les parties. Mais cela n'atteint que le rapport de droit particulier, et ce rapport ne reçoit ici aucune extension. Si donc l'empereur jugeait, entre deux parties, une question d'hérédité, sa décision suprême ne pouvait profiter ni préjudicier à un tiers. Quelquefois on la confond avec le système d'interprétation large ou étroite; mais ce n'est nullement de cela qu'il s'agit ici. Les règles sanctionnées par un jugement définitif doivent être appliquées aux cas absolument semblables, et non par voie d'analogie.

§ XXIV. *Principes des Romains sur les lois. Suite.*

III. *Rescrits* (*a*). — Le sens littéral du mot *rescriptum* est, réponse par écrit. Cette réponse pouvait, quant à sa forme extérieure, se faire de

(*q*) On peut comparer ces décrets aux arrêts de nos cours d'appel.

(*a*) Schulting, Diss. pro rescriptis Imp. Rom. (Comm. acad., vol. I, N. 3). Guyet, Abhandlungen, N. 4.

différentes manières; en marge de la demande (*adnotatio*, *subscriptio*); par une lettre séparée (*epistola*); par un acte solennel (*pragmatica sanctio*), dont le protocole ne nous est pas bien connu (*b*). Tous ces rescrits ont l'autorité de *lex*, mais renfermée dans des bornes plus étroites que celle des édits, dont ils diffèrent essentiellement. Mais que faut-il entendre par là? Pour attribuer aux rescrits une autorité moindre qu'aux édits, il faut nécessairement ajouter quelque chose qui n'est pas impliqué dans l'idée de leur forme ou de leur origine. Il y a des lettres impériales d'une autorité fort restreinte, et qui ne sauraient être assimilées à une *lex;* il en est d'autres, au contraire, dont l'autorité est illimitée. Nous devons faire abstraction des unes et des autres, pour nous occuper d'une classe intermédiaire de lettres, auxquelles s'applique exclusivement l'expression technique de rescrits.

(*b*) Cette forme ne devait être employée que dans les occasions importantes, notamment pour les rescrits sur des matières de droit public intéressant des corporations. L. 7, C. de div. rescr. (I, 23). Mais on voit que cela ne s'observait pas toujours d'après la const. *Summa*, § 4. « Si.... pragmaticæ « sanctiones..... alicui personæ impertitæ sunt..... » On trouve d'importants matériaux pour cette recherche, dans J. H. Böhmer, exerc. ad Pand., I, exerc. 12, C. 1. Néanmoins, Böhmer se trompe, en ce qu'il donne comme caractère distinctif des pragmatiques sanctions, cette restriction légale mise à leur application.

D'abord, ont moins d'autorité que les rescrits proprement dits, toutes les lettres de l'empereur étrangères aux affaires, lettres dont il n'est évidemment pas question ici, quoique ayant le nom et la forme des rescrits. Même parmi les lettres d'affaires, il faut distinguer celles qui n'appliquent aucune règle et expriment une décision arbitraire de l'empereur : celles, par exemple, ayant trait à une exemption individuelle des effets d'une loi (§ 16), à une subvention, à une réprimande (*c*). Ces lettres ont, pour la personne et le cas auxquels elles s'appliquent, l'autorité d'une *lex*, et chaque juge doit les respecter comme telles. Mais on ne saurait y chercher de règle pour un cas semblable, puisque, ordinairement, ces lettres ne s'appuient sur aucune règle.

Ont plus d'autorité que les rescrits proprement dits les publications spécialement destinées à établir une règle nouvelle et à la faire connaître à tous. Ce sont là des lois véritables, malgré la forme de lettre sous laquelle elles se présentent, et l'occasion accidentelle qui les a provoquées n'a rien qui restreigne leur application

(*c*) Elles s'appellent *personales constitutiones*, L. 12, § 2, de const. (I, 4), L. 6, J. de J. nat. (I, 2). Quelques auteurs modernes les nomment rescrits de grâce, définition beaucoup trop restreinte, et tout à fait inexacte, quand il s'agit de réprimandes ou de peines.

ou les distingue des autres lois. Dans les premiers temps de l'empire on appelait ces publications, à cause de leur forme exceptionnelle, lettres générales ou rescrits généraux (*d*), sans y attacher aucune idée d'infériorité. Lorsque, plus tard, cette forme de législation fut devenue la plus ordinaire, on abandonna ces dénominations pour s'en tenir aux termes généraux de *leges*, *edicta*, *edictales constitutiones* (*e*). Les tex-

(*d*) L. 1, § 2, de fugit. (XI, 14). « *Est etiam generalis epistola*, D. Marci et Commodi, qua declaratur, et præsides et « magistratus, et milites stationarios dominum adjuvare de- « bere in inquirendis fugitivis, etc. »—L. 3, § 5, de sepulchro viol. (XLVII, 12). « D. Hadrianus rescripto pœnam statuit « quadraginta aureorum in eos qui in civitate sepeliunt, « quam fisco inferri jussit, et in magistratus eadem qui passi « sunt... *quia generalia sunt rescripta,* et oportet imperialia « statuta suam vim obtinere et in omni loco valere. »—Peut-être doit-on ajouter ici l'*epistola* D. Hadriani sur les cautions, § 4, J. de fidei. (III, 20), Gaius, III, § 121, 122. — Dans les deux premiers cas cités, ces rescrits avaient le caractère d'ordonnances de police; c'étaient des circulaires adressées à une classe de fonctionnaires.

(*e*) Ainsi, par ex., Justinien, L. 5, pr. C. de receptis (II, 56), appelle *lex* une de ses ordonnances (L. 4, eod.), quoiqu'elle fût adressée au *præfectus prætorio*. Le Code Théodosien, composé presque entièrement de pièces du même genre, est encore plus décisif, car il les appelle *constitutiones.... edictorum viribus aut sacra generalitate subnixæ*, et *edictales constitutiones*, L. 5, 6, C. Th. de const. (I, 1), ed. Wenck. — Guyet, p. 84, trompé par la forme extérieure de ces ordonnances, les

tes de ces lois, que nous avons aujourd'hui, ne parlent nullement de leur publication; mais cela s'entendait de soi-même, et les magistrats auxquels on les adressait y veillaient, sans qu'il fût besoin d'une mention spéciale pour les en avertir; mention ajoutée néanmoins à quelques-unes de ces lois (*f*). Les *pragmaticæ sanctiones* pouvaient aussi être des lois générales (*g*), de même que les *epistolæ* d'une forme moins solennelle, et il fallait une disposition expresse pour les faire rentrer dans le domaine plus étroit des rescrits. Quel est donc le signe caractéristique qui sépare profondément les rescrits des édits? C'est leur destination restreinte à la décision d'un rapport individuel de droit, et exclusive de la publicité. Les rescrits ont cela de commun avec les constitutions en général, qu'ils s'appuient sur une règle, l'expriment, mais uniquement dans son application concrète. Au reste, les rescrits nous offrent plusieurs distinctions importantes.

regarde comme des rescrits et les oppose aux édits; puis il tire de là de fausses conséquences sur la nature des rescrits. Cf. § 23, note *g*.

(*f*) Par ex. : L. un., C. de grege domin. (XI, 75). Guyet, p. 74, cite encore d'autres textes.

(*g*) Par ex. : la *Sanctio pragmatica* de Justinien, *pro Petitione Vigilii*, sur l'organisation de l'Italie, dont il venait d'achever la conquête.

1° Les rescrits sont rendus, tantôt à la demande d'une des parties (*libellus*), tantôt à la demande du juge (*h*). Cela se rencontre surtout dans une forme de procédure très-importante, lorsque, pour un cas difficile, le juge supplie l'empereur de lui dicter son jugement (*relatio*, *consultatio*). Ici l'empereur ne figure pas comme juge, mais comme rédacteur du jugement, et dans la même qualité que les universités allemandes, saisies d'une affaire par l'envoi de la procédure. Aussi voilà pourquoi les décisions de cette espèce sont rangées parmi les rescrits, et non parmi les décrets. Justinien défendit les consultations; mais la défense n'était pas aussi absolue que ses termes le feraient croire (*i*).

2° La règle appliquée dans le rescrit est, tantôt fondue avec la décision même, tantôt posée d'une manière abstraite, et donnée comme mo-

(*h*) L. 7, pr. C. de div. rescr. (I, 23).

(*i*) Sur les consultations, voy. surtout Holweg, Civilprozesz, I, § 10. — Elles furent interdites par la Novelle 125 de l'an 544. On verra que cette interdiction n'était pas absolue, quand je traiterai de l'interprétation des lois, § 48. Au reste, il est évident que, si, malgré la défense de la Novelle, un juge consultait l'empereur, et que l'empereur lui fit réponse, le juge devait s'y conformer comme avant la Novelle. Il en était de même si l'empereur, de son propre mouvement, ou sur la demande d'une des parties, adressait au juge un rescrit. L'usage des rescrits, à l'occasion d'un procès, était alors beaucoup plus rare, mais non tout à fait abandonné.

tif de la décision. Ces derniers rescrits, qui ne sont pas des lois, bien qu'ils en aient la forme, s'appellent *generalia rescripta*, mais dans un sens différent de celui indiqué plus haut (*k*).

3° Quelquefois la règle appliquée dans le rescrit était déjà formulée, et alors l'empereur agit en jurisconsulte. Quelquefois aussi cette règle modifie le droit par voie d'interprétation libre. Ces derniers rescrits sont ordinairement dictés par des raisons d'ordre public ou d'économie politique, et ne touchent pas aux droits des tiers (*l*).

Les effets attachés aux rescrits peuvent se résumer de la manière suivante : 1° ils ont force de loi dans le cas particulier pour lequel ils sont

(*k*) L. 89, § 1, ad L. Falc. (XXXV, 2), « generaliter re« scripserunt; » L. 1, § 3, de leg. tut. (XXVI, 4), « generaliter « rescripsit; » L. 9, § 2, de her. inst. (XXVIII, 5), « rescripta « generalia ; » L. 9, § 5, de jur. et facti ign. (XXII, 6), « ini« tium constitutionis generale est. » — Les rescrits dont parlent ces textes avaient été rendus à l'occasion de procès, et c'est en cela qu'ils diffèrent des rescrits généraux dont il est question dans la note *d*. D'un autre côté, l'expression *generale rescriptum* exprime plus qu'une simple opposition à *personalis constitutio* (note *c*).

(*l*) Ces considérations expliquent pourquoi on trouve tant de simples rescrits sur les excuses. Fragm. Vat., § 191, 208, 247. — § 159, 206, 211, 215, 246. — Le § 236 est surtout remarquable, comme établissant un nouveau droit : « Quo « rescripto declaratur ante eos non habuisse immunitatem. »

rendus, 2° ils n'ont force de loi dans aucun autre cas, 3° mais pour les cas semblables ce sont de graves autorités.

Les rescrits ont force de loi dans le cas particulier pour lequel ils sont rendus: c'est ce que disent en termes généraux le Digeste et les Institutes (§ 23), et le Code, d'une manière implicite, en leur refusant l'autorité de lois générales. Il résulte de là, que le juge auquel on présente un rescrit est tenu de s'y conformer strictement, sans pouvoir écouter ses propres convictions. Cet effet attaché au rescrit est surtout d'une grande importance, quand il a été sollicité, non par le juge, mais par une des parties. Alors ce rescrit est un droit personnel acquis à cette partie, droit transmissible à ses coïntéressés et à ses héritiers, et qui peut s'exercer après un long espace de temps (*m*). Mais, dans l'espèce même où il était rendu, le rescrit offrait de grands dangers; il pouvait toujours être supposé ou falsifié, et surtout avoir été obtenu d'après une exposition des faits, incomplète ou mensongère. On avait paré à ce double abus, en soumettant les rescrits à des formes extérieures rigoureusement déterminées (*n*), et en autorisant la partie adverse

(*m*) L. 4, 12 (al. 2, 10), C. Th. de div. resc. (I, 2), L. 1, 2, C. de div. resc. (I, 23).

(*n*) L. 3, 4, 6, C. de div. resc. (I, 23), L. 1, C. Th. eod. (I, 2).

à faire une enquête sur la manière dont le rescrit avait été obtenu (*o*). Tout rescrit contraire à l'intérêt public, ou en opposition avec les règles du droit (*contra jus*), était en outre frappé de nullité (*p*). Au reste, les empereurs ne s'interdisaient nullement la faculté de modifier le droit par leurs rescrits, mais ils prévoyaient le cas où, trompés sur les faits, ils auraient, contre leur propre volonté, violé les règles du droit. — En présence des dangers qu'entraînait l'autorité législative des rescrits, peut-être eût-il été plus sage de n'en jamais accorder, du moins sur la demande des parties, ce que Trajan semble avoir fait. Justinien finit également par interdire aux juges l'application des rescrits privés, qui, dès lors, n'eurent plus force de loi (*q*).

D'un autre côté, la défense d'étendre les rescrits au delà du cas particulier pour lequel ils avaient

(*o*) L. 7, C. de div. resc. (I, 23), L. 2, 3, 4, 5, C. si contra jus (I, 22). A cela se rapporte l'appel contre les rescrits, c'est-à-dire, contre les jugements fondés sur des rescrits. L. 1, § 1, de appell. (XLIX, 1).

(*p*) L. 2 (al. 1), C. Th. de div. resc. (I, 2), L. 6, C. si contra jus (I, 22), L. 3, 7, C. de precibus (I, 19), Nov. 82, C. 13.

(*q*) Capitolini Macrinus, C. 13 : « quum Trajanus nun-« quam *libellis* responderit. » Cela veut dire qu'il adressait ses rescrits aux magistrats, et non aux parties. On trouve plusieurs rescrits de Trajan, cités dans Schulting, Diss. pro rescript., § 15.—Justinien défend d'avoir égard aux rescrits privés, Nov. 113, C. 1, de l'an 541.

été rendus, fut renouvelée dans les termes les plus formels. Cela s'appliquait particulièrement aux rescrits provoqués par une consultation du juge (*r*), c'est-à-dire, au genre de rescrits dont l'extension offrait le moins de dangers; aussi crut-on superflu d'exprimer la même défense pour les rescrits privés, tant la chose était évidente. En effet, un rescrit rendu dans une espèce particulière et souvent sur un exposé très-infidèle des parties, pouvait se ressentir de ce caractère de particularité et se prêter difficilement à une application générale; d'ailleurs, et c'est là le point important, la publicité manquait aux rescrits. Ces motifs subsistent pour les rescrits interprétatifs comme pour tous les autres, et les auteurs qui leur attribuent force de loi générale se trompent évidemment. Je me réserve de le prouver plus bas (§ 47).

(*r*) L. 11 (al. 9), C. Th. de div. resc. (I, 2), L. 26 de leg. (I, 14) : « Quæ ex relationibus.... vel consultatione... statuimus..... nec generalia jura sint, sed leges faciant his « duntaxat negotiis atque personis, pro quibus fuerint promulgata. » L. 13, C. de sentent. et interloc. (VII, 45), « Nemo « judex vel arbiter existimet, neque consultationes, quas non « rite judicatas esse putaverit, sequendum.... cum non « exemplis sed legibus judicandum sit. » Ce dernier texte est doublement remarquable. D'abord, il exprime formellement ce dont il est ici question, l'application des règles une fois admises aux autres cas semblables. Ensuite, il met sur la même ligne les rescrits en réponse aux consultations et les jugements de plusieurs autres tribunaux; mais il ne parle pas des

Le véritable caractère des rescrits, comme celui des décrets (§ 23), a été souvent méconnu par les auteurs modernes. Ici encore, on a reproduit la défense de l'interprétation large; mais, il ne s'agit nullement d'extension; la règle même, posée dans un rescrit, ne devait pas être appliquée aux cas absolument semblables. Ici encore, on a cru retrouver le principe général, que les jugements n'ont d'effet qu'entre les parties; mais ce principe est encore plus étranger aux rescrits qu'aux décrets; il ne pouvait même en être question. Si, par exemple, un héritier testamen-

jugements émanés de l'empereur lui-même. Par là se trouve évitée fort habilement toute contradiction avec la L. 12, pr. C. de leg. (I, 14) (§ 23, note *o*). Ainsi, l'on distingue entre les jugements rendus par l'empereur en personne, et ceux rendus par un magistrat, d'après un rescrit de l'empereur. En effet, ces derniers n'avaient ni la même publicité, ni le même degré de certitude que les premiers, car il se pouvait toujours que le rescrit eût été mal entendu. — Plusieurs auteurs reconnaissent, par exception, une autorité générale aux rescrits, quand ils renferment une interprétation authentique, en se fondant sur la L. 12, § 1, C. eod. : « interpretationem, « *sive in precibus*, sive in judiciis, sive alio quocunque modo « factam, ratam et indubitatam haberi.» (Glück, I, § 96, N. III). Mais je ne nie pas l'autorité des rescrits, et même leur autorité législative, restreinte à un cas déterminé. Si, contrairement aux textes cités, Justinien eût voulu leur donner force de loi générale, il se fût exprimé en termes formels, comme il l'a fait pour les décrets, et il n'eût pas dit en passant : *sive in precibus*.

taire soumettait à l'empereur un testament dont la validité fût douteuse, et que l'empereur reconnût, par un rescrit, la validité du testament, l'héritier testamentaire pouvait opposer ce rescrit à tous les héritiers du sang, car il n'avait pas eu besoin de nommer dans sa demande un seul contradicteur.

Si les rescrits n'avaient pas force de loi générale, c'étaient du moins de graves autorités (*s*). D'abord, on n'aurait pu leur ôter ce caractère, et cela n'était pas même désirable. Les rescrits favorisaient merveilleusement le développement du droit, et le Digeste nous montre que les anciens jurisconsultes ne manquaient pas de s'en aider. L'influence des mauvais rescrits offrait peu de dangers, car leur caractère d'autorité morale n'excluait pas la critique ni la condam-

(*s*) Ces mots, *legis vis*, employés par Gaius et Ulpien, sont entendus par plusieurs auteurs dans le seul sens d'autorité, mais certainement à tort. Les jurisconsultes romains s'exprimaient avec plus de précision. S'ils eussent pris ces mots, *vis legis*, dans le sens vague et général d'*influence*, d'*autorité*, Gaius n'eût pas oublié d'attribuer le *vis legis* au *jus honorarium*, et § 7, au lieu de ne parler que des *responsa prudentium*, il eût ajouté l'*auctoritas prudentium*, qui était bien plus étendue.—D'un autre côté, il ne faudrait pas, d'après le texte de Gaius (I, § 5), mettre sur la même ligne les rescrits et les édits. Gaius, § 7, donne aussi la *vis legis* aux *responsa*; mais la suite montre clairement que les *responsa* n'ont force de loi que pour le cas auquel ils s'appliquent.

nation de quelques-unes de leurs doctrines. Néanmoins, ce danger frappa tellement l'empereur Macrin, qu'il songea, dit-on, à abolir les anciens rescrits, c'est-à-dire, à les dépouiller de leur autorité (*t*).

L'exposition qui précède s'accorde parfaitement avec tout ce que nous savons des rescrits. Les rescrits devaient être très-familiers aux jurisconsultes, car ceux-ci vivaient auprès de l'empereur, concouraient souvent à leur rédaction, et pouvaient toujours consulter les archives (*u*). Ainsi encore on s'explique qu'il y ait eu très-anciennement des recueils de rescrits (*v*), et

(*t*) Capitolini Macrinus, C. 13. « Fuit in jure non incallidus, « adeo ut statuisset omnia rescripta veterum principum tol- « lere, ut jure non rescriptis ageretur, nefas esse dicens leges « videri Commodi et Caracalli et hominum imperitorum vo- « luntates, quum Trajanus nunquam libellis responderit, ne « ad alias causas facta præferrentur, quæ ad gratiam compo- « sita viderentur. » Cela ne peut s'entendre que de l'autorité permanente des rescrits; car les procès à l'occasion desquels les *veteres principes* avaient rendu les rescrits, étaient des faits depuis longtemps accomplis.

(*u*) Ainsi donc, cette connaissance des rescrits n'implique pas une publication spéciale des rescrits, comme le prétend Guyet, p. 74.

(*v*) Ainsi, par ex., Papiri Justi libri XX constitutionum, qui, d'après les fragments qui s'en sont conservés, se composaient de rescrits; et plus tard, les codes Grégorien et Hermogénien, du moins en grande partie. — Il faut sans doute ranger dans la même classe les *semestria* de D. Marcus, recueil

comment les jurisconsultes se trouvent en opposition avec un rescrit, soit que par hasard ils n'en aient pas eu connaissance, soit qu'ils en rejettent les principes (*w*).

Si l'on résume l'histoire de la législation touchant les rescrits, on voit qu'ils jouent encore un grand rôle sous l'empire des recueils de Justinien, mais que leur influence a été presque entièrement détruite par la législation des Novelles.

IV. *Mandats.* — On appelait ainsi des instructions que l'empereur adressait aux fonctionnaires, comme règles de conduite. Ces mandats, semblables à ceux des proconsuls ordinaires, à la *mandata jurisdictio*, par exemple, étaient ordinairement faits pour les légats ou lieutenants de l'empereur dans les provinces impériales, et y avaient la même autorité que les édits principaux. Si les mandats sont plus rares que les autres espèces de constitutions, cela tient à la position dépendante des provinces, qui, rarement,

semestriel des rescrits (peut-être aussi des décrets) les plus importants, composé par des personnes privées, peut-être par l'empereur lui-même, et alors ce serait une espèce de publication légale. Cf. Brissonius, v. Semestria, Cujacius in Papin., L. 72, de cond. Opp., IV, 489, dont je n'admets pas l'explication.

(*w*) On trouve des passages semblables cités dans Guyet, p. 55 sq.

avaient l'initiative des modifications apportées au droit commun des Romains. La plupart de ceux que nous connaissons roulent sur le droit criminel ou sur des mesures de police (*x*). Les testaments militaires nous offrent un exemple remarquable d'un changement introduit par les mandats dans le domaine du droit privé (*y*). Mais cela s'explique par la nature même du testament militaire, qui, supposant une armée en campagne, n'avait guère d'application possible que dans les provinces. J'en dirai autant du mandat qui défend aux fonctionnaires romains de se marier dans la province où ils exercent leurs fonctions (*z*). — Gaius et Ulpien, dans l'énumération des différentes sortes de constitutions, passent les mandats sous silence. Le peu d'importance des mandats suffirait pour justifier cette omission; mais, d'ailleurs, leur autorité étant circonscrite dans les limites d'une province, ils n'avaient, pas plus que le *jus honorarium*, la *legis vicem* attribuée aux autres constitutions impériales.

Cette recherche sur la nature et les effets des constitutions impériales peut se résumer en ces

(*x*) Brissonius, de formulis, Lib. 3, C. 84.

(*y*) L. 1, pr. de test. mil. (XXIX, 1), « et exinde mandatis « inseri cœpit caput tale : Cum in notitiam, etc. »

(*z*) L. 2, § 1, de his quæ ut ind. (XXXIV, 9), L. 6, C. de nupt. (V, 4).

termes. Les *édits* et les *mandats* faisaient loi pour le juge et les parties, mais les mandats, seulement dans la province pour laquelle ils étaient rendus. Les rescrits n'avaient force de loi que dans l'espèce particulière où ils étaient rendus; la dernière législation de Justinien en restreignit singulièrement l'emploi, car elle annulle tous les rescrits accordés à la sollicitation des parties, et n'autorise le juge à en demander que s'il s'agit d'interpréter une loi. Les décrets étaient de véritables décisions judiciaires, et les règles contenues dans les jugements définitifs, non dans les jugements interlocutoires, avaient force de lois générales. — Indépendamment de ces distinctions, toute constitution impériale était une autorité grave pour quiconque venait à en avoir connaissance.

Le code de Justinien trancha largement dans les constitutions impériales. Celles insérées dans le Code, quelle que fût leur nature, rescrit, décret, etc., reçurent immédiatement force de loi; toutes les autres perdirent leur autorité législative (*aa*). Ainsi donc, les règles posées plus haut s'appliquent uniquement aux constitutions rendues depuis la promulgation du Code, par Justinien ou par ses successeurs.

(*aa*) Const. *Summa*, § 3. — Mais cela n'abolissait pas les priviléges conférés par des rescrits à une corporation ou à une personne privée. Ibid., § 4.

On peut considérer comme appendices de la législation impériale les édits ou *generales formæ* des *præfecti prætorio*. Déjà Sévère Alexandre avait sanctionné leur autorité générale s'ils n'avaient rien de contraire aux lois, et si l'empereur n'en avait pas autrement ordonné (*bb*). Justinien cite, comme lois, quelques-uns de ces édits (*cc*) : quelques fragments s'en sont conservés à la suite de nos recueils de Novelles (*dd*), et Cassiodore attribue en quelque sorte aux préfets l'autorité législative (*ee*).

§ XXV. *Principes des Romains sur le droit coutumier.*

Sources : Dig., I, 3. Cod., VIII, 53. Cod. Th., V, 12.

On trouve dans Cicéron, au milieu d'idées assez confuses, un passage remarquable sur le droit coutumier. « Il existe, dit-il, une règle qui

(*bb*) L. 2, C. de off. præf. præt. Or. et Ill. (I, 26). Cela s'appliquait alors à tout l'empire, depuis Constantin, à chaque préfecture, semblablement à ce qui se pratiquait autrefois pour les édits provinciaux des proconsuls.

(*cc*) L. 16, C. de jud. (III, 1), L. 27, C. de fidejuss. (VIII, 41).

(*dd*) Nov. 165, 166, 167, 168. Cf. Biener, Gesch. der Novellen, p. 98, 118.

(*ee*) Cassiodor., Var. VI, 3, formula Præf. Præt. « Pene est « ut leges possit condere, etc. »

ne repose sur aucune opinion individuelle, mais nous apparaît comme une nécessité de notre nature morale. Cette règle était vague : les sociétés humaines l'ont formulée, développée et posée comme coutume immuable. » A cette règle il oppose la *lex* ou la loi positive établie par la volonté de l'homme (*a*). — Les anciens jurisconsultes n'assignent pas au droit coutumier l'étendue et l'importance qui lui appartiennent. Cela tient sans doute à ce que, de leur temps, la plus grande partie de l'ancien droit coutumier national s'était perdue dans d'autres sources du droit et n'apparaissait plus sous sa forme primitive (§ 15, 18). L'époque où ils vivaient était d'ailleurs peu favorable à la création d'un droit coutumier national purement populaire (§ 7). Le droit coutumier particulier était le seul dont ils vissent les manifestations dans la vie réelle, et c'est à lui que se rapportent la plupart des textes sur le droit coutumier, qui se sont conservés jusqu'à nous (*b*). Cependant leurs principes sont en gé-

(*a*) Cicero, de inventione, II, 53, 54. « Natura jus est, quod « non opinio genuit, sed quædam innata vis inseruit, ut reli- « gionem, pietatem.... Consuetudine jus est, quod aut levi- « ter a natura tractum aluit et majus fecit usus, ut religio- « nem : aut si quid eorum quæ ante diximus, ab natura pro- « fectum, majus factum propter consuetudinem videmus, aut « quod in morem vetustas vulgi approbatione perduxit. »

(*b*) Puchta, Gewohnheitsrecht, I, p. 71 sq.

néral fort justes; et si les auteurs modernes s'y sont trompés, on ne doit l'attribuer qu'à un manque de précision dans les termes. Les jurisconsultes romains admettent, comme constante, toute règle établie par une longue *consuetudo*, une coutume de plusieurs années, et ils lui donnent pour base le *consensus* tacite du *populus* qui l'applique (utentium, omnium) (*c*). Par là, on a entendu que l'habitude était le fondement du droit, et que le droit était l'œuvre d'un acte de volonté des mêmes individus qui votent la loi dans les comices. Cette opinion a de graves conséquences : elle lie le droit coutumier à une forme spéciale de constitution politique, et l'exclut nécessairement de Rome impériale et des monarchies modernes. Mais, les jurisconsultes romains regardaient la *consuetudo* non comme le fondement du droit, mais comme un signe sensible servant à le reconnaître; et c'est sous ce même point de vue qu'ils envisagent l'écriture, en parlant du droit écrit (§ 22). Nous en avons la preuve dans plusieurs textes, où, indépendamment de la coutume, la conviction directe et commune du peuple (ratio) est représentée comme fondement du droit (*d*). De même encore, le

(*c*) Gaius, III, § 82. Ulpian., tit. de leg., § 4. L. 32-40, de leg. (I, 3), § 9, 11, J. de j. nat. (I, 2).

(*d*) L. 39 de leg. (I, 3) : « Quod non *ratione introductum*, « sed errore primum, deinde *consuetudine obtentum* est, in

consensus n'est pas une volonté qui aurait pu tout aussi bien s'exprimer en sens contraire, mais une conviction unanime, empreinte d'un caractère de nécessité ; et le *populus* auquel on attribue ce *consensus* n'est pas la réunion des citoyens divisés en tribus et en centuries, à une époque déterminée, c'est le type idéal de la nation romaine, se perpétuant de génération en génération, et persistant à travers tous les changements de son organisation politique (*e*). Cette explication s'accorde avec le haut degré de certitude donné comme signe caractéristique du droit coutumier (*f*); certitude plus facile à trou-

« aliis similibus non obtinet. » (*Alia similia*, les cas semblables qui se présenteraient à l'avenir). L. 1, C. quæ sit l. c. (VIII, 53): « Nam et consuetudo præcedens, *et ratio quæ consuetudinem suasit*, custodienda est. » Cf. Puchta, p. 61, 81.

(*e*) On peut m'opposer, avec grande apparence de raison, la L. 32, § 1, de leg. (I, 3), où l'on conclut de l'*expressus populi consensus* pour la loi, au *tacitus consensus* pour la coutume. Mais d'abord, il s'agit moins de l'autorité de la coutume, que de la nature de cette autorité (*legis vice*). Voy. Puchta, p. 84. Ensuite, je ne prétends pas que les anciens jurisconsultes aient eu toujours présent à l'esprit le sens propre du mot *populus*. Pour combattre mon opinion, il faudrait établir, par des textes positifs, que les anciens jurisconsultes regardaient la réunion des *cives*, et non la nation idéale, comme le sujet du droit coutumier.

(*f*) L. 36, de leg. (I, 3) : « quod in tantum probatum est « ut non fuerit necesse scripto id comprehendere. »

ver dans une conviction commune que dans un acte de volonté individuelle se reproduisant pour chaque cas particulier. Enfin, cette explication s'accorde avec les principes généraux que nous avons posés sur la nature et les conditions essentielles du droit coutumier.

En effet, on reçoit comme droit coutumier les convictions communes des jurisconsultes (prudentium auctoritas) (*g*). Sans doute, ceux-ci peuvent être l'organe spécial au moyen duquel la conscience commune du peuple vit et se développe (§ 14); mais il ne serait pas raisonnable de soumettre la nation entière aux volontés individuelles des jurisconsultes, et néanmoins le droit coutumier est fait pour la nation entière, non pour les jurisconsultes seulement. — On donne encore, comme signe caractéristique du droit coutumier, l'uniformité des décisions judiciaires (*h*), et cela confirme mon explication, car on peut y voir autant de manifestations certaines des convictions communes, tandis que les volon.

(*g*) L. 2, § 5, 6, 8, 12, de orig. jur. (I, 2).

(*h*) L. 38, de leg. (I, 3), L. 1, C. quæ sit l. c. (VIII, 53). Pour le droit coutumier, L. 34, de leg. (I, 3) (Puchta, I, p. 96). — Chose remarquable, les auteurs qui ont écrit sur la rhétorique énumèrent toujours, parmi les sources du droit, les *res judicatæ*, et les anciens jurisconsultes n'en parlent pas. Au reste, leur autorité a été reconnue de tout temps. (§ 12, note *b*).

tés individuelles des juges ne sauraient lier la nation. Attribuer cet effet aux décisions judiciaires, indépendamment du droit coutumier, serait une grave erreur, car il est dit, au contraire, que le juge ne doit pas se régler uniquement sur les *præjudicia* (*i*); d'où l'on voit que les *præjudicia*, sans influence par eux-mêmes, n'ont de valeur que comme monuments du droit coutumier. — Il est encore deux règles dont je dois faire mention : l'une, qu'une erreur constatée ne saurait fonder un droit coutumier (*k*); l'autre, qu'il faut recourir à la décision de l'empereur, si la coutume est encore trop nouvelle pour qu'on puisse la regarder comme l'expression certaine de la conviction générale (*l*). — Voilà tout ce que le droit romain renferme sur les caractères essentiels du droit coutumier. Ainsi, par exemple, c'est un principe étranger au droit romain, que la coutume doit être comme simple fait, prouvée par celui qui l'invoque (*m*).

Quant aux effets de la coutume, le droit romain pose en principe qu'elle a force de loi,

(*i*) L. 13, C. de sent. et interloc. (VII, 45). V. § 24, note *r*.

(*k*) L. 39, de leg. (I, 3). Voy. note *d*. Puchta, I, p. 99. — En voici le motif tout naturel. Ici la coutume est le résultat d'une erreur, et par conséquent n'exprime pas la conscience commune du droit, qui fait toute sa force.

(*l*) L. 11, C. de leg., I, 14.

(*m*) Puchta, I, p. 110.

legis vicem (*n*). D'après les explications données plus haut (§ 22), on voit que le droit coutumier a non-seulement l'autorité, mais aussi la généralité d'une loi, et qu'il n'est pas renfermé, comme le *jus honorarium*, dans les limites d'une juridiction, ni borné à un certain temps. Ce principe n'a rien d'incompatible avec l'existence d'un droit coutumier particulier, de même qu'une loi peut être rendue pour une ville ou pour une province.

L'action du droit coutumier peut s'exercer de deux manières : tantôt il complète une loi dont l'expression est vague ou ambiguë (*o*); tantôt il règle une matière sur laquelle il n'y a pas de disposition législative (*p*). Ce dernier cas se présente fréquemment pour certaines parties du régime municipal, où souvent l'existence d'une règle certaine a plus d'importance que son contenu. Si donc la coutume d'une ville est muette sur un point semblable, on suit la coutume de Rome (*q*), moins à cause de sa prépondérance comme capitale de l'empire, que comme ayant été le berceau de la nation. Ainsi donc, à une époque où la nation romaine, embrassant un territoire immense, pouvait difficilement se former des

(*n*) Voy. § 22, note *x*.

(*o*) L. 38, de leg. (I, 3).

(*p*) L. 32, pr. L. 33, de leg. (I, 3). Cf. Puchta, I, p. 87.

(*q*) L. 32, pr. de leg. (I, 3) : « si qua in re hoc defecerit... « ..... tunc jus, quo urbs Roma utitur, servari oportet. »

convictions communes, Rome fut naturellement appelée à représenter la nation, et à continuer le droit populaire, là où ce droit était indispensable. Après la création de l'empire d'Orient, Constantinople fut investie du même privilége (*r*), non que cela fût justifié par un enchaînement de circonstances semblables, mais par suite de la parité établie entre les deux capitales. — Au reste, ce complément du droit admet divers degrés d'extension : tantôt il se restreint à une face jusqu'alors négligée d'une institution ancienne; tantôt il crée une institution nouvelle, et, par là, il concourt au développement systématique du droit. C'est ainsi que la *cura prodigi*, la prohibition des donations entre époux, et la substitution pupillaire, doivent leur origine aux *mores* (*s*).

Le droit coutumier nous montre encore sa puissance en luttant contre une loi, soit qu'il la remplace par une autre, soit qu'il se contente de l'abroger. Ce principe, déjà contenu dans l'expression *legis vis*, se trouve d'ailleurs formellement exprimé (*t*), et, ce qui ne laisse aucun doute, on voit à toutes les époques de l'histoire

(*r*) L. 1, § 10, C. de vet. j. enucl. (I, 17), § 7, J. de satisd. (IV, 11).

(*s*) L. 1, pr. de curat. (XXVII, 10), L. 1, de don. int. v. et ux. (XXIV, 1), L. 2, pr. de vulg. et pup. subst. (XXVIII, 6).

(*t*) L. 32, § 1, de leg. (I, 3) : « .... Quare rectissime etiam « illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris,

romaine, le droit coutumier exercer cette action de la manière la plus illimitée. Ainsi, les parties de l'édit du préteur qui corrigent le droit civil, et notamment la loi des douze Tables, sont autant d'innovations du droit coutumier, innovations dont la légitimité n'a jamais été mise en doute (*u*). De même encore, on doit rapporter en partie au droit coutumier les effets de *l'usus* pour le mariage, le second chapitre de la *lex Aquilia*, et les *interrogatoriæ actiones* (*v*). Justinien a reconnu plus d'une fois, et en termes si positifs, cette puissance du droit coutumier, qu'on a peine à concevoir que, sous l'empire de sa législation, on ait élevé un doute sur ce point (*w*). Néanmoins on invoque en faveur d'une opinion contraire, les deux motifs suivants : plusieurs

« sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abro« gentur. » Cf. Puchta, p. 86, 90.

(*u*) Cicero, de invent., II, 22 : « Consuetudinis autem jus « esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas « comprobavit. In ea autem... sunt... eorum multo maxima « pars, quæ prætores edicere consueverunt. » Les erreurs où sont tombés à ce sujet les premiers historiens du droit n'ont plus besoin d'être réfutées.

(*v*) Gaius, I, § 11, L. 27, § 4, ad L. Aquil. (IX, 2), L. 1, § 1, de interrog. act. (XI, 1).

(*w*) § 11, J. de j. nat. (I, 2), § 7, J. de injur. (IV, 4). — L. 1, pr. C. de cad. toll. (VI, 51), L. 1, § 10, C. de vet. j. enucl. (I, 17), Const. *hæc quæ necess.*, § 2.—Nov. 89, C. 15. Nov. 106.

des textes cités disent que le droit coutumier s'applique à défaut de loi, et on en a conclu que le droit coutumier s'applique seulement en l'absence d'une loi. Ce système d'interprétation, toujours hasardeux, est ici repoussé par l'ensemble et le rapprochement des textes (*x*). On trouve un argument plus plausible dans un texte du Code, qui décide que le droit coutumier ne doit jamais l'emporter sur une loi. Mais il s'agit ici du droit coutumier particulier, non du droit coutumier général, et l'on sait qu'une coutume particulière ne doit jamais prévaloir contre la disposition absolue d'une loi générale (*y*).

Ce qui précède était sans application pour le droit général des Romains antérieur à Justinien, car tout ce qui n'était pas inséré dans les compilations de l'empereur, était par là même abrogé. Mais cela s'appliquait au droit coutumier de l'avenir, et à toutes les coutumes particulières dans l'étendue de leurs limites légitimes, car elles sortaient du plan que Justinien s'était tracé, et la législation nouvelle ne porta aucune atteinte à leur autorité.

(*x*) L. 32, pr. L. 33, de leg. (I, 3). Cf. Puchta, I, p. 88. — On ne saurait fonder sur le premier de ces textes un semblable argument *a contrario*, car immédiatement après (§ 1), l'auteur dit expressément le contraire.

(*y*) L. 2, C. quæ sit l. c. (VIII, 53). Voy. l'appendice de ce vol., N. II.

Comme cette espèce de source se retrouve dans le droit canon et dans les lois impériales, j'en dirai ici quelques mots en forme d'appendice.

Plusieurs textes du droit romain, relatifs au droit coutumier, sont insérés littéralement dans le droit canon, je n'ai donc pas à y revenir (z).

Les innovations se réduisent aux deux principes suivants :

1° La coutume que l'on veut appliquer doit être *rationabilis*. Cette expression assez vague, quand même on la rapprocherait de certains textes du droit romain, paraît signifier, qu'il faut examiner la coutume et ne l'admettre que si ses dispositions sont reconnues justes et sages. D'ailleurs ce principe n'est pas établi en termes généraux, mais à l'occasion d'un conflit entre la loi et la coutume (*aa*).

2° La coutume doit être *legitime* ou *canonice præscripta* (*bb*). Quelques-uns pensent qu'il s'a-

(*z*) C. 4, D. XI, = L. 2, C. quæ sit l. c. (VIII, 53), C. 6, D. XII, = § 9, J. de j. nat. (I, 2). — C. 7, D. XII. = L. 1, C. quæ sit. l. cons. (VIII, 53).

(*aa*) C. 11, X, de consuet. (I, 4), C. 1, de const. in VI (I, 2). Je reviendrai sur le sens de ces passages, dans l'appendice de ce vol., N. II.

(*bb*) C. 11, X, de consuet. (I, 4), C. 3, de consuet. in VI (I, 4), C. 9, de offic. ord. in VI (I, 16), C. 50, X, de elect. (I, 6). — Meurer, Juristische Abhandlungen. Leipzig, 1780, N. V, a fait une recherche sur le sens de ces passages, et il prétend qu'il s'agit ici de droits particuliers à conférer à des

git ici d'une véritable prescription, moyen dont la nature est mal appropriée à l'établissement d'une règle générale de droit, et dont l'application serait même impossible, car il y a bien des espèces de prescriptions, et ici, on ne fixe aucun délai. Cette expression doit sans doute être prise, conformément au droit romain, dans le sens de longue durée, et alors *legitime præscripta* serait synonyme de *longa* ou *diuturna*.

Enfin, plusieurs lois de l'empire font mention du droit coutumier, mais elles se bornent à en recommander l'application, sans entrer dans aucun détail sur sa nature ou sur ses effets (*cc*).

tiers, et non de coutume à établir par la prescription. Cependant, il revient à l'explication que je donne, du moins pour le C. 11, X, de consuet. Glück, I, § 86, N. V, a adopté la première opinion de Meurer. — Eichhorn, Kirchenrecht, p. 42, 43, rapporte ces passages, non à un droit coutumier proprement dit, mais à une *observance*, c'est-à-dire, à un statut tacite, établissant des droits pour les tiers (§ 20 f.). Ces textes peuvent avoir été faits pour des cas semblables; mais Eichhorn lui-même reconnaît leur généralité, et peut-être le vague de l'expression répond à l'obscurité de la pensée.

(*cc*) C. C. C., art. 104.— Conc. ord. cam., tit. 19, procem., tit. 71, Rec. imp. nov., § 105.

§ XXVI. *Principes des Romains sur le droit scientifique.*

On sait quelle considération entourait les jurisconsultes romains, dès les premiers temps de la république, et leur influence sur la formation du droit (*a*). Quand, à l'expérience des affaires, ils joignirent l'autorité de la science, cette influence dut s'augmenter encore.

Auguste accrut et modifia cette influence en autorisant un certain nombre de jurisconsultes distingués, à donner des avis que les juges devaient observer comme des lois (*legis vice*), tant qu'il n'existait pas d'avis contraire d'un autre jurisconsulte également autorisé (*b*). D'un autre côté,

(*a*) L. 2, § 5, de orig. j. (I, 2).

(*b*) Gaius, I, § 7, § 8, J. de j. nat. (I, 2). — L. 2, § 47, de orig. jur. (I, 2). — Ainsi, je distingue les *responsa*, les consultations données, sur un cas déterminé, par un jurisconsulte autorisé à cet effet, des doctrines professées par les auteurs en général, c'est-à-dire, la littérature du droit. L'autorité des *responsa*, obligatoires pour le juge, était une chose toute positive, et c'est à quoi se rapportent les textes cités. L'influence de la littérature était fort naturelle, mais son caractère était indéterminé, et elle ne liait aucun juge. Gaius parle de l'autorité des *responsa*, sans exclure l'influence de la littérature. Hugo, Rechtsgesch., p. 811, 11e éd., repousse, ou du moins met en doute l'autorité des *responsa*, et n'admet que l'influence de la littérature. Cette opinion me paraît inconciliable avec l'emploi du mot *responsa*; mais cette discussion est hors de mon sujet.

les doctrines et les écrits des jurisconsultes ne perdaient rien de leur importance. Cités devant les tribunaux, ils avaient, non pas force de loi (*legis vicem*), mais une grande autorité morale, si les jurisconsultes privilégiés n'avaient pas donné d'avis sur la question, ou que leurs avis fussent contradictoires.

Gaius parle des consultations privilégiées comme d'une institution toujours subsistante. Elles cessèrent probablement quand la vie se fut retirée de la science. En effet, les jurisconsultes en réputation, devenant tous les jours plus rares, ce privilége, concentré en peu de mains, eût exercé sur la juridiction une influence exorbitante, et telle est sans doute la raison pour laquelle on cessa de l'accorder.

Mais l'abolition de ce privilége ne porta aucune atteinte à l'autorité générale de la littérature du droit. Plus au contraire l'esprit scientifique dégénérait, plus ces grands monuments du passé devaient croître en importance. L'étendue immense de la littérature et ses nombreuses controverses firent bientôt sentir le besoin de soumettre son application à des règles certaines. Déjà Constantin paraît en avoir établi quelques-unes (*c*); mais on ne trouve là-dessus que des

(*c*) L. 1, 2, C. Th., de resp. prud. (I, 4), textes nouvellement découverts.

mesures incomplètes avant l'ordonnance de Valentinien III (*d*). Il posa des règles pour reconnaître dans la pratique, l'opinion commune des jurisconsultes, règles bien différentes des anciens principes sur l'unanimité des consultations, et cette ordonnance était encore en vigueur quand Justinien parvint à l'empire. Les règles de Valentinien III, sur l'application de la littérature scientifique, avaient levé bien des difficultés; mais tous les obstacles n'étaient pas encore aplanis (*e*), et c'est ce qui détermina Justinien à l'adoption d'une mesure entièrement nouvelle, et beaucoup plus tranchante. Il fit extraire de toute la littérature du droit, sans égard aux exclusions prononcées par Valentinien, ce qu'il jugea nécessaire à l'exposition complète du droit, et notamment à l'administration de la justice. Ces extraits, réunis en un volume, et promulgués comme lois, le reste fut aboli. Une partie du *jus*, ainsi érigée en *lex*, rien ne demeura comme *jus* sous sa forme primitive, et toute littérature nouvelle fut prohibée à l'avenir. L'empereur ne permit que des traductions grecques des textes latins, et comme secours mécanique, une indication du contenu des titres. Tout livre original, tout commentaire sur les lois, devait être détruit, et leur auteur

(*d*) L. 3 (al. un.), C. Th. de resp. prud. (I, 4), de l'an 426.

(*e*) Savigny, Histoire du droit romain au moyen âge, I, § 3.

puni comme faussaire (f). Pour conserver et propager la science, il ne resta plus que l'enseignement oral donné dans les écoles de droit, organisées par Justinien sur de nouvelles bases (g). La prohibition des commentaires nous dit assez quel devait être cet enseignement. Sans doute le professeur ne pouvait se livrer à une recomposition originale des textes, et, par ce travail accompli sous les yeux de ses élèves, éveiller leur intelligence, et vivifier la science, car cela eût été en opposition directe avec la proscription de la littérature. L'enseignement devait se réduire à une opération mécanique, et le mérite du professeur se bornait à lever les difficultés subjectives qu'offrait à ses élèves un sujet si vaste et si nouveau pour eux. L'ensemble de ces règlements repose sur l'idée que la législation impériale répondait à tous les besoins, et que dès lors toute production nouvelle n'eût servi qu'à gâter l'œuvre du législateur.

Peut-être jugera-t-on ces prescriptions trop étranges pour les prendre au pied de la lettre, et cherchera-t-on à leur donner un sens figuré ou du moins adouci; mais ce serait une erreur à mes yeux. Sans doute Justinien, à son avénement au trône, comme Frédéric II, en 1740, entendit ré-

(f) L. 1, § 12, L. 2, § 21, L. 3, § 21, C. de vet. j. enucl. (I, 17).

(g) Const. *Omnem.*

sonner à ses oreilles des cris sur la confusion inextricable du droit, et sur l'urgence d'une réforme radicale. Un heureux hasard plaça auprès de lui des jurisconsultes tels qu'on n'en voyait pas depuis plus d'un siècle, et lui-même joignait à la connaissance du droit, un esprit actif et avide de gloire. On voulut porter remède au mal le plus apparent, diminuer cette masse de littérature scientifique inaccessible à l'étude, et finir les controverses. Une semblable tentative n'avait jamais été faite, et, à la cour de Justinien, on pouvait croire de très-bonne foi avoir opéré la réforme la plus salutaire, et avoir prévenu, par la sévérité des lois, le retour des anciens abus. D'ailleurs on ne pouvait pas craindre d'étouffer la vie scientifique, comme cela fût arrivé si Hadrien ou Marc-Aurèle eussent eu la même pensée. La décadence de la science était trop visible, et il ne lui restait plus rien à perdre. Les peines prononcées par l'empereur, la destruction des livres et la défense d'en composer, sont des mesures étrangères à nos mœurs, et qui n'auraient pas la moindre chance de succès en présence de l'imprimerie et des communications établies entre les différents peuples de l'Europe. Mais si l'on rapporte au siècle où vivait Justinien, la violence de ces mesures, on n'y trouve plus qu'une illusion profondément enracinée dans le cœur de l'homme, en matière de science, et surtout de

religion, celle d'imposer comme vérité exclusive, les doctrines formulées par notre intelligence, et de sacrifier à la crainte de l'erreur, la liberté d'examen. Justinien croyait fonder par sa législation un ordre de choses immuable, une formule de concorde * que rien ne devait plus troubler. Est-ce à nous de le juger bien sévèrement? Nous avons treize siècles d'expérience, et cependant ceux qui accueillirent les nouveaux codes avec tant d'enthousiasme, avaient au fond la même idée que Justinien, néanmoins sans la puissance ou la volonté de réaliser cette idée par des moyens aussi violents.

Je ne prétends nullement justifier la conduite de Justinien, mais la présenter sous un jour moins odieux. J'ai voulu surtout montrer que ses prescriptions doivent être prises à la lettre, et repoussent toute interprétation subtile ou forcée.

§ XXVII. *Valeur pratique des règles du droit romain sur les sources du droit.*

Après avoir exposé les principes du droit romain sur les sources du droit (§ 22-26), il me reste à chercher quelle valeur pratique ces principes ont aujourd'hui pour nous. Cette question

* Ici l'auteur fait allusion à la *formula concordiæ* de 1577, établie comme loi pour l'Église luthérienne. (Note du trad.)

se représente pour chaque État où le droit romain a été adopté, et se subdivise ainsi: Faut-il soumettre à ces règles le développement du droit (§ 21) qui s'est accompli depuis la réception du droit romain jusqu'à nos jours? Faut-il soumettre à ces règles le développement futur du droit? La première question s'applique au contenu véritable du droit commun actuel, la seconde aux modifications possibles de ce droit. Ces deux questions, ou plutôt ces deux faces de la même question, auront nécessairement une solution identique.

Au premier abord, rien ne paraît plus naturel que de résoudre la question d'une manière affirmative. En effet, là où le droit romain est adopté, pourquoi n'adopterait-on pas ses principes sur l'importante matière de la formation du droit? Les auteurs modernes ne posent pas même la question, mais ils la résolvent implicitement d'une manière affirmative, et partant de ce principe, ils citent le droit romain, en se réservant néanmoins d'éviter les applications trop délicates.

Je vais dire en peu de mots ce qui résulterait de la solution affirmative de la question.

Quant à la formation des lois proprement dites (§ 23), il faudrait bien renoncer à la coopération du sénat, car, dans aucun pays de l'Europe, il n'existe d'assemblée délibérante semblable au sénat de l'ancien empire romain, mais il

faudrait chercher les caractères essentiels de la loi dans l'ordonnance de Théodose II. — Les rescrits émanés du souverain, dans une affaire particulière (§ 24), et que chaque juge doit observer comme lois, même en les renfermant dans les bornes de la législation des Novelles, présentent une difficulté plus grave. Plusieurs auteurs modernes nient formellement leur autorité (*a*). D'autres s'en tiennent aux règles du droit romain, mais ils donnent à ces règles une signification tacite bien différente de celle qu'elles ont réellement. Ainsi, ils passent sous silence le point principal, l'autorité législative pour le cas particulier, et donnent aux rescrits force de loi pour l'avenir (*b*), force que n'ont jamais eue les rescrits, d'après les règles mêmes du droit romain, mais seulement les décrets (§ 23, 24).

Quant au droit coutumier (§ 25), l'application du droit romain en général n'a jamais fait la matière d'un doute ; seulement, on a vu des auteurs, pour repousser une application particulière du droit coutumier conforme au droit romain, critiquer l'autorité de ce droit (*c*).

(*a*) Mühlenbruch, I, § 35.

(*b*) Glück, I, § 96, qui cite les auteurs pour et contre son opinion.

(*c*) Par ex., Schweitzer, de desuetudine, p. 52, 53, 84. Tout son ouvrage est dirigé contre l'effet de la désuétude pure ; aussi dit-il que le droit romain est inapplicable à cette

Quant au droit scientifique (§ 26), on passe ordinairement sous silence la prohibition des livres de droit faite par Justinien, et jamais auteur moderne n'a prétendu qu'on dût détruire ses livres, en vertu de la loi romaine; une telle indifférence pour son propre ouvrage n'aurait pas eu d'excuse; et néanmoins, pourquoi cette loi aurait-elle moins d'autorité que les autres lois romaines sur des matières analogues?

En résumé, on voit que les jurisconsultes modernes tantôt admettent, tantôt passent sous silence, et toujours arbitrairement, les prescriptions du droit romain sur les sources du droit. L'ensemble de ces prescriptions étant impossible à observer, deux objections s'élèvent contre l'observation de chacune d'elles. D'abord il y a inconséquence; à moins de dire que certains points, celui, par exemple, de la destruction des livres, ont été abolis par un nouveau droit coutumier. Ensuite il faudrait considérer que les règles, dont on maintient l'application, isolées de celles qu'on rejette, changent peut-être de nature, et devraient elles-mêmes être rejetées.

Si l'on cherche à pénétrer plus avant, et si

question. Mais Schweitzer doit être consulté pour toutes les autres questions de la matière, et notamment pour celle de l'*abrogatio* par la coutume.

l'on se demande pourquoi certaines règles, notamment celles sur les lois, n'ont évidemment plus d'application aujourd'hui, on voit qu'elles rentrent dans le *droit public*, qui généralement n'a pas été adopté (§ 1, 17). Ce principe n'est pas restreint à la législation, il embrasse encore toutes les autres sources du droit; et si l'on veut s'y tenir rigoureusement, on reconnaîtra que le droit romain est également inapplicable à toutes les sources du droit; dès lors, plus d'une controverse : celle, par exemple, sur le sens de la L. 2. C., *quæ sit longa consuet.*, deviendrait sans intérêt pour la pratique. Tout ce que j'ai dit contre l'usage du droit romain, touchant la matière des sources, est également vrai du droit canon.

Quant aux lois de l'Empire dans les États germaniques, elles embrassent le droit public aussi bien que le droit privé, mais on n'y trouve rien qui se rapporte aux sources du droit, sinon la reconnaissance du droit coutumier (§ 25) faite en termes généraux, et qui d'ailleurs était superflue.

§ XXVIII. *Des idées modernes sur les sources du droit.*

C'est ici le lieu d'indiquer les points principaux sur lesquels mes idées diffèrent de celles généralement adoptées. Je me contenterai pres-

que d'énoncer les opinions contraires, sans citer les auteurs, ni établir de controverse.

On donne ordinairement à la *législation* une place bien différente de celle que je lui assigne. Le plus souvent on la regarde comme la seule base vraie et légitime du droit, et les autres sources comme des compléments secondaires dont on voudrait pouvoir se passer. Dans ce système, la science du droit travaille sur un sujet contingent et variable, sujet dont elle dépend; les progrès de la législation doivent tous les jours diminuer son importance, et même son dernier but serait de l'anéantir tout à fait. — La valeur exclusive attribuée aux codes complets dans les temps modernes, et les brillantes espérances qu'on y attache, sont des conséquences eloignées du même système. Néanmoins plusieurs, sans adopter ces conséquences ou y mettre autant de prix, tiennent au système lui-même, et on peut le regarder comme l'opinion générale des praticiens les plus distingués.

De la législation je passe au *droit scientifique*. Les anciens auteurs sont traités de nos jours d'une manière très-arbitraire et inégale. Tantôt on invoque leur autorité, tantôt on la repousse, sans que, dans aucun cas, on cherche à s'appuyer sur un principe. Surtout, les opinions des anciens praticiens sont souvent représentées comme s'ils eussent posé des règles immuables,

applicables à tous les temps, et comme si chaque siècle n'avait pas sa part d'influence à exercer sur la formation du droit. C'est accepter sans s'en apercevoir la position que le siècle de Valentinien III occupait vis-à-vis des siècles antérieurs. Mais l'ordonnance de Valentinien était un fait positif qui, à aucune époque, ne s'implique de lui-même; il tenait à la décadence de la science et à la torpeur générale des esprits, tandis que l'activité intellectuelle ne saurait être refusée à notre temps, quel que soit d'ailleurs le jugement que l'on en porte. Je ne puis me borner à résumer aussi sommairement les opinions des auteurs modernes sur le droit coutumier. J'ai même différé jusqu'ici à développer mes propres idées sur notre droit coutumier pratique (§ 18), parce qu'elles ne pouvaient être bien comprises que dans leurs rapports avec d'autres opinions généralement adoptées.

On croit communément que le droit coutumier n'est pas une source naturelle du droit, et qu'ainsi sa reconnaissance a besoin d'une légitimation spéciale. Pour les républiques, on dit que le *populus* (§ 10) qui adopte la coutume, étant lui-même investi de l'autorité législative, la coutume repose nécessairement sur le consentement implicite du législateur (*consensus tacitus specialis*), et dès lors n'est autre chose

qu'une loi tacite. Mais il en est autrement dans les monarchies, où le peuple qui fonde la coutume n'a aucune part au pouvoir législatif, et où le législateur, c'est-à-dire, le souverain, ne participe pas à l'établissement de la coutume. Il faut en dire autant des monarchies constitutionnelles, car peut-être aucun membre des deux chambres n'aura-t-il contribué à établir la coutume, et d'ailleurs la loi ne se fait pas sans le concours du souverain. Ici le droit coutumier se présente comme une espèce d'opposition des sujets contre le gouvernement, comme une usurpation du pouvoir suprême, ce qui appelle une justification expresse, et on la trouve dans le consentement du législateur. Ce consentement qui, dans les républiques, résulte de l'adoption même de la coutume, vient ici s'y ajouter extérieurement. Cela ne présente aucune difficulté pour les pays où le droit romain est en vigueur, car le droit romain reconnaît formellement l'autorité de la coutume, qui dès lors repose sur le *consensus generalis expressus* du législateur. Mais si la coutume vient à abroger une loi, la L. 2, C. *quæ sit longa consuetudo* semble exiger une condition nouvelle, et on la trouve dans le *consensus specialis tacitus* du souverain; mais les auteurs ne sont pas d'accord sur l'application de ce principe. Les uns pensent que la tolérance de la coutume implique le consentement du souve-

rain; les autres exigent la preuve que le souverain en ait eu connaissance (*a*).

Tout ce que je viens de dire s'applique à l'autorité du droit coutumier en général. Mais pour chaque cas particulier, la simple coutume, c'est-à-dire, la répétition des mêmes actes, est représentée comme l'unique fondement de la règle du droit, d'où l'on conclut que l'origine de chaque règle se rapporte nécessairement à des actes particuliers, déterminés, susceptibles de vérification. Ce point de vue étroit pourrait tout au plus s'appliquer aux coutumes locales, les seules, il est vrai, dont on s'occupe ordinairement; mais les principales règles du droit coutumier moderne, qui revêtent à la fois les caractères du droit scientifique (§ 18, 20), échappent à ce point de vue.

Ces idées fondamentales ont eu la plus grande influence sur la solution pratique des questions particulières que cette matière renferme, et qui se rangent sous ces trois chefs : conditions essentielles, — preuve, — effets du droit coutumier.

§ XXIX. *Des idées modernes sur les sources du droit. Suite.*

Les conditions essentielles pour l'établisse-

(*a*) Gluck, I, § 85. Guillaume, Rechtslehre von der Gewohnheit. Osnabruck, 1801, § 24-27.

ment d'un droit coutumier tiennent, en général, à la nature des actes individuels sur lesquels on établit ce droit (§ 28). Ces conditions n'ont donc qu'une application partielle au droit coutumier local, et pour celui-ci même, les actes individuels ne sont pas le fondement du droit, mais les signes, les manifestations d'une idée commune de droit. Ces restrictions posées, on doit admettre comme vraies ces conditions essentielles, qu'il s'agit maintenant d'énumérer et d'analyser. On dit, en effet, que les actes propres à servir de base pour l'établissement d'un droit coutumier doivent réunir les caractères suivants.

1° Ces actes doivent être en pluralité. On a longtemps disputé sur le nombre. D'abord un seul acte ne suffit pas ; deux ne suffisent pas ordinairement, mais quelquefois par exception. Enfin, la plupart des auteurs abandonnent, et avec raison, ce point à la décision du juge. Le juge exigera donc, suivant les cas, un plus ou moins grand nombre d'actes; mais, fidèle au principe que la pluralité des actes doit exprimer une conviction commune, il repoussera les faits particuliers et accidentels qui simuleraient cette apparence (*a*).

(*a*) Lauterbach, I, 3, § 36; Müller ad Struv., I, 3, § 20; Glück, I, § 86, N. 1, et surtout Puchta, Gewohnheitsrecht, II, p. 79 sq., p. 85.

2° Ces actes doivent être uniformes et constants, c'est-à-dire, qu'il n'y a pas de coutume là où on trouve d'autres actes fondés sur une règle contraire ; cela s'entend de soi-même (*b*).

3° Ces actes doivent s'être répétés pendant un long espace de temps. La question de sa durée a été fort débattue. Les uns exigent cent ans, parce qu'il existe un texte où le mot *longævum* est pris pour centenaire. Les autres, en se fondant sur le droit canon, pensent qu'il s'agit d'une prescription ordinaire, du *longum tempus*, c'est-à-dire, dix ans, car le peuple ou le prince auxquels on oppose la prescription étant toujours présents, il n'y a pas lieu à la prescription de vingt ans. Pour prescrire contre le droit canon, contre l'Église, on exige quarante ans; contre le souverain un temps immémorial. Plus tard, on s'est accordé à ne fixer aucun délai, et à s'en rapporter à la prudence du juge. Ce parti était le plus raisonnable. Ici, de même que pour le nombre des actes, le seul danger dont on ait à se garantir est celui de prendre, comme signes d'une conviction commune, des faits individuels accidentels et passagers (*c*).

4° Ces actes peuvent être des décisions judiciaires : c'est un principe généralement admis.

(*b*) Puchta, II, p. 89 sq.
(*c*) Puchta, II, p. 93 sq.

Quelques-uns même ont prétendu que les décisions judiciaires étaient indispensables pour l'établissement d'un droit coutumier (*d*); mais cette opinion est justement rejetée par la plupart des auteurs. Je vais plus loin encore, et je dis que les jugements mêmes ne sont pas toujours base d'un droit coutumier, et qu'il faut leur appliquer, tout en ayant égard à leur caractère spécial, les principes posés plus haut (§ 20) sur les travaux pratiques des jurisconsultes. Si donc un jugement applique un droit coutumier, c'est un témoignage grave de l'existence de ce droit. Il en est de même s'il reconnaît comme vraie une règle de droit sans faire mention de son origine. Mais si un jugement emprunte une règle à une théorie vicieuse, ce jugement reste dans le domaine de la théorie, et ne saurait être reçu comme témoignage d'une conviction commune de droit.

5° Les auteurs de ces actes doivent avoir conscience de leur nécessité comme droit (*necessitatis opinio*). Si donc plusieurs personnes répètent pendant un long temps des actes de pure libéralité, cela n'établit pas de droit coutumier, car le donateur et le donataire savaient qu'ils pouvaient, en vertu de leur libre arbitre, omettre ou

(*d*) Lauterbach, I, 3, § 35 ; Müller, ad Struv., I 3, § 20; Glück, I, § 86, N. V. Guillaume, § 31; Puchta, II, p. 31 sq.

modifier ces actes. — Ce principe est le plus important de tous, et j'aurai bientôt occasion d'y revenir. J'ai déjà cité (§ 25, note *d.*) les textes de droit romain qui l'expriment formellement. C'est par suite de ce principe que les jugements nous apparaissent comme des manifestations du droit coutumier, car le juge doit suivre le droit et non sa volonté. Les contrats sont moins propres à ce but, car il entre dans les contrats un élément d'arbitraire : néanmoins ils peuvent être des monuments du droit coutumier, s'ils supposent la reconnaissance d'une règle de droit, ou s'ils en font l'application directe (*e*).

6° Ces actes ne doivent pas reposer sur une erreur. Ce principe écrit dans le droit romain (*f*) a donné lieu à une confusion d'idées inextricable. En effet, si la règle devait être établie par la coutume, elle n'existait pas encore quand le premier acte a été fait. Si, d'un autre côté, ce premier acte devait être accompagné de la *necessitatis opinio*, il repose évidemment sur une erreur, et ne peut être compté parmi les actes établissant la coutume. Or, ce raisonnement s'applique aussi bien au second acte devenu le premier, au troisième et ainsi de suite; d'où il résulte qu'à

(*e*) Puchta, II, p. 33 sq.

(*f*) Voy. plus bas, note *l*.

moins d'abandonner l'une ou l'autre de ces règles, l'établissement du droit coutumier est impossible. La contradiction est tellement évidente, que quelques-uns ont admis l'erreur comme nécessairement liée à l'origine du droit coutumier, sans réfléchir que cette idée est incompatible avec la doctrine de Celsus (*g*).

Dans mes principes, il n'y a aucune contradiction, puisque la règle de droit est, non pas engendrée, mais seulement manifestée par la coutume. Ainsi la *necessitatis opinio*, sans aucune erreur, pouvait et devait exister quand le premier acte a été fait. Ce principe souffre cependant des restrictions. Si, par exemple, on rattache à une fausse théorie une conviction commune du peuple (§ 20), la règle fondée sur cette conviction commune subsiste indépendamment de la fausse théorie. De même encore un acte peut être tellement extérieur et si indifférent en lui-même, qu'il soit inutile de lui chercher pour base une conviction commune réfléchie (§ 12). Ainsi on reconnait aujourd'hui que, pour la signature

(*g*) Schweitzer, de desuetudine, p. 78. Hübner, Berichtigungen und Zusätze zu Höpfner, p. 164. Ce dernier, pour échapper à la L. 39, de leg., prétend qu'elle ne s'applique qu'aux fausses interprétations des lois. Mais d'abord, cette restriction est purement arbitraire, et ensuite, si l'erreur peut fonder un droit coutumier, pourquoi pas l'erreur sur l'interprétation d'une loi?

et le sceau des témoins, il s'est introduit depuis le moyen âge une forme erronée étrangère au droit romain; mais cette forme vicieuse, consacrée par une longue coutume, n'en est pas moins légale (*h*).

7° Ces actes doivent être raisonnables (*rationabiles*). J'ai cité (§ 25, note *z*) les textes de droit canon où ce principe est établi. Si on lui donne un sens positif, et que l'on permette au juge d'apprécier le mérite et la sagesse de la règle contenue dans la coutume, un pouvoir aussi illimité compromet beaucoup la certitude du droit. C'est pourquoi on donne ordinairement à ce principe un sens négatif; alors il est uniquement dirigé contre les coutumes tout à fait déraisonnables, et repoussées par le sens moral (*i*). Cette interprétation, moins dangereuse pour la pratique, paraît se conformer à un texte de la Caroline, qui signale et condamne plusieurs coutumes « mauvaises et insensées » (*k*). Mais il ne

(*h*) Sur l'erreur relativement aux coutumes, voy. Puchta, II, p. 62 sq.

(*i*) Glück, I, § 86, N. III. Cf. Puchta, II, p. 49 sq.

(*k*) C. C. C., art. 218 : « ..... de notre pouvoir impérial « nous les abolissons, et annulons et anéantissons, et défen- « dons de les citer à l'avenir. » — Ce passage ne doit pas s'entendre comme disposition générale sur la nature du droit coutumier; car les coutumes ne sont mentionnées ici qu'accidentellement. En effet, plusieurs des principes abolis repo-

résulte pas de ce texte que les mauvaises coutumes soient nulles par elles-mêmes, et non susceptibles d'application : l'empereur, au contraire, en prenant soin de les abolir, reconnaît leur autorité antérieure, à moins qu'on ne veuille accuser la loi d'une grande impropriété de langage.

Si l'on combine ces trois derniers caractères que doit nécessairement réunir le droit coutumier, on obtient les résultats suivants. La règle est engendrée par une idée de droit dont le peuple a la conscience commune, ou par la conviction directe que la règle est vraie et obligatoire en elle-même, indépendamment de toute sanction extérieure. Cette conviction peut se manifester par la répétition des mêmes actes, en d'autres termes par la coutume. Ainsi, ces actes ne doivent pas être purement volontaires, des libéralités, par exemple, ou des délits souvent répétés, car les délinquants ont conscience de leur injustice et de leur libre arbitre. Ces actes ne doivent pas reposer sur une erreur constatée, car alors manquerait cette conviction directe qui est ici le point essentiel (*l*). Un exemple va

saient, non sur des coutumes, mais sur des lois locales. Le texte cité a donc pour objet d'établir le rapport, en matière de pénalité, du droit général aux droits particuliers, et nullement celui du droit écrit au droit non écrit, chose toute différente.

(*l*) L. 39, de leg. (I, 3) : « Quod non ratione introductum,

rendre la chose sensible. Si un juge applique une des Novelles non glosées, parce que dans son édition elles n'ont pas de signe distinctif apparent (§ 17), et que d'autres juges suivent son exemple, cela ne constitue pas une coutume.

Dire qu'un acte erroné ou déraisonnable ne peut servir de base à un droit coutumier, c'est rentrer dans la *necessitatis opinio*, c'est poser une règle qui n'est que la conséquence et le développement de ce principe général. Comme la juste appréciation de la nature du droit coutumier repose sur ce principe, il est bon de l'éclaircir par quelques exemples. Le droit romain défend l'anatocisme : si ce genre d'usure s'établissait quelque part en se cachant habilement, cela ne constituerait pas un droit coutumier, car une semblable dissimulation est incompatible avec une conviction loyale. D'un autre côté, les commerçants sont dans l'usage, à la fin de chaque année, quelquefois même à une époque plus rapprochée, de balancer leurs comptes, et d'en passer le solde à nouveau compte, solde qui porte

« sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est in « aliis similibus non obtinet. » C'est-à-dire, quand une coutume repose, non sur une idée de droit commune à toute la nation, mais sur une erreur (ce qui exclut nécessairement la conviction universelle), cette coutume ne fonde pas un véritable droit coutumier, et il n'y a aucune raison de l'appliquer à l'avenir.

immédiatement intérêt, quoique les intérêts de de la période précédente y figurent pour partie. Cet usage est contraire au droit romain; mais partout cela se fait au grand jour, et ne pourrait se faire autrement sans nuire à la simplicité de la comptabilité commerciale; d'ailleurs cet usage n'est pas contraire à l'esprit de la loi romaine. La prohibition du droit romain est donc abolie par l'usage général du commerce, et peu importe de savoir combien de commerçants s'en rendent un compte exact, car tous obéissent au sentiment de la nécessité et agissent avec une entière bonne foi.

Si l'on résume ces conditions essentielles du droit coutumier, on voit qu'elles s'appliquent non-seulement aux coutumes locales, mais à un sujet d'une plus haute importance, au droit coutumier général des temps modernes; car la distinction posée plus haut entre les différentes parties de la pratique du droit, les unes reposant sur une fausse théorie, les autres sur une juste appréciation des circonstances et des nouveaux besoins (§ 20), cette distinction n'est autre que la réalisation des principes développés ici. La fausse théorie est une *error, non ratione obtentus*, et dès lors incapable de valoir et d'agir comme droit coutumier: la pratique créée par les besoins de la civilisation moderne, se fonde sur la *ratio*, la *necessitatis opinio*, et dès lors a l'autorité d'un droit

coutumier véritable, quand même la théorie aurait mêlé à son établissement plus d'une erreur historique.

8° Enfin, plusieurs auteurs donnent comme condition essentielle du droit coutumier, la publicité des actes particuliers qui l'établissent. Le caractère apparent ou caché de certains actes, a sans doute de l'influence sur le droit coutumier : j'en ai cité des exemples ; mais cela se réduit à dire que ces actes sont plus ou moins propres à manifester la conviction commune qui leur sert de base. Ceux qui attachent une importance spéciale à la publicité, ont en vue le *consensus populi* ou le *consensus principis*, et partent d'une erreur fondamentale sur la nature du droit coutumier (§ 28), d'où je conclus que la publicité des actes n'est nullement une condition essentielle du droit coutumier (*m*).

§ XXX. *Des idées modernes sur les sources du droit; suite.*

Quand on parle de la *preuve* d'un droit coutumier, par rapport à la pratique, on se figure un procès, où ce droit est invoqué par une des parties, et l'on demande comment le juge pourra avoir la preuve de son existence. Une réponse

(*m*) Puchta, II, p. 40 sq.

satisfaisante à cette question n'est possible qu'après avoir résolu la question plus générale de savoir comment, indépendamment de tout procès, la reconnaissance d'un droit coutumier vient à s'établir (*a*).

Si notre esprit se reporte aux membres de la communauté au sein de laquelle le droit coutumier prend naissance, se développe et agit (§ 7, 7), la question se résout d'elle-même. La reconnaissance du droit est pour eux un fait *immédiat*, puisque le droit lui-même repose sur leur conscience commune, et en ce sens tout droit coutumier est un fait de notoriété (*b*). Et qu'on ne dise pas que c'est trop prouver, car alors il n'y aurait jamais d'incertitude ou de débats possibles sur l'existence d'un droit coutumier; toute la question est de savoir pour qui, et dans quelles limites existe la notoriété. Rien de plus notoire que la langue d'un peuple, et néanmoins un voyageur étranger pourra n'en pas connaître un seul mot. Il en est de même du droit coutumier. Pour ceux placés en dehors du cercle de la communauté, sa connaissance ne peut être que *médiate* et artificiellement acquise. Mais il n'est pas besoin d'aller chercher un étranger: au sein même

(*a*) Cf. Puchta, Gewohnheitsrecht, II, Liv. III, ch. 3, 4.

(*b*) L. 36, de leg. (I, 3) : « Immo magnæ auctoritatis hoc « jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit « necesse scripto id comprehendere. »

de la nation, les impubères, et, pour beaucoup de matières, les femmes, se trouvent précisément dans le même cas. Ainsi, dans la communauté même où le droit coutumier prend naissance, nous devons distinguer deux classes de personnes, les unes initiées, les autres étrangères à la connaissance commune du droit, toutes soumises à l'empire de la coutume. Le nombre de ces initiés varie selon les matières, et aussi selon le caractère et le degré de civilisation de chaque peuple; mais il ne faut pas voir en eux des jurisconsultes: ce sont des hommes ayant la connaissance immédiate du droit coutumier; de même, sur cette connaissance immédiate du droit, repose l'ancienne institution des échevins germaniques qui formaient un corps d'initiés.

Il s'agit maintenant de savoir comment les personnes hors du cercle des initiés, soit pour le besoin d'une affaire, soit dans le désir de s'instruire, parviennent à la connaissance médiate du droit coutumier, la seule accessible pour elles. D'abord, elles peuvent connaître le droit par son application réelle, et j'ai dit (§ 29) quels caractères devait alors réunir la pratique. Elles peuvent ensuite le connaître par le témoignage des initiés qui en ont la connaissance immédiate. Ce témoignage peut être demandé et obtenu pour la solution actuelle d'une question de droit particulière; il peut encore être

rendu sur des matières générales, rédigé par écrit, et devenir ainsi susceptible d'une application plus large et plus durable.

Les déclarations des anciens échevins (*Weisthümer*) (*c*) nous fournissent un exemple de semblables témoignages rendus pour un besoin spécial du temps présent. Cet usage n'était pas non plus étranger aux Romains, et nous en avons un monument remarquable. Justinien fut supplié de rendre une loi nouvelle sur le *fœnus nauticum*, le prêt à la grosse aventure. Il chargea un fonctionnaire public de faire une enquête sur les règles suivies pour ce genre de contrat, de recueillir les témoignages des commerçants, sous la foi du serment, et, d'après ces témoignages, il rendit une loi confirmative de la coutume (*d*). Une semblable enquête sur le droit coutumier peut se faire encore aujourd'hui, à propos d'une espèce particulière; j'en parlerai tout à heure, et

(*c*) Heichhorn, Deutsches Privatrecht, § 5, 14, 26.—Peut-être croira-t-on que, semblable à l'institution des anciens échevins, cet usage, bon pour des temps peu civilisés, n'est plus applicable de nos jours. Mais en Angleterre, par exemple, on constate parfaitement les besoins de la société au moyen d'enquêtes, où l'on entend des personnes de toutes les classes. Les mêmes formes pourraient être en partie adoptées parmi nous, quand il s'agit d'établir l'existence d'un droit coutumier.

(*d*) Nov. 106. Cf. Puchta, I, p. 116, II, p. 133.

je montrerai quelle marche le juge doit suivre, si le droit coutumier est douteux.

Parmi les actes destinés à constater le droit coutumier d'une manière générale et pour l'avenir, il faut ranger d'abord un grand nombre de déclarations d'échevins, qui n'ont pas été faites à l'occasion d'une espèce particulière; puis les anciennes lois populaires, et plus tard les livres de droit; en Allemagne le droit municipal et territorial; en Italie les statuts des villes, et en France les coutumes. Sans doute dans ces divers recueils plus d'une disposition législative vient compléter la coutume, et par la suite des temps on s'en servit comme de lois véritables, et ainsi tomba en oubli leur destination primitive, la constatation du droit coutumier.

Il serait à désirer, pour conserver et propager le droit coutumier moderne, que nous eussions de semblables recueils composés dans le même esprit. Tel est le véritable but des codes dits provinciaux; ils se distinguent des codes généraux en ce qu'ils n'embrassent pas le système du droit dans son ensemble, mais se bornent à certaines matières dont le rédacteur de ces codes a une connaissance spéciale, qui le rend maître absolu de son sujet. Mais ce ne serait pas l'œuvre d'un jour, un travail à achever comme une affaire ordinaire qui demande une prompte expédition; ce serait une œuvre lente et progressive, dont la

marche devrait se régler sur la jurisprudence des tribunaux supérieurs. Le succès tiendrait au choix des rédacteurs qui auraient à se défendre d'une double préoccupation : un penchant exclusif pour la centralisation et l'uniformité du droit, qui d'ailleurs fort commode pour le juge, facilite beaucoup l'inspection générale du mécanisme des affaires; puis un amour trop vif de la couleur locale et de l'antiquité pour elle-même. Sans doute, l'amour de l'antiquité est une belle et bonne chose : moins belle pourtant que la vérité pure, moins bonne que la satisfaction d'un besoin d'humanité.— Ce travail, pour réussir, devrait être exécuté dans le même esprit que les anciennes déclarations d'échevins : surtout il ne faudrait pas négliger le témoignage des personnes étrangères à la science du droit, car souvent, malgré leur défaut de théorie, c'est chez elles que l'on trouverait l'intuition la plus vive de sa réalité (note *c*).

Après ces considérations générales sur les signes distinctifs du droit coutumier, voyons maintenant quelle est la position du juge chargé de l'appliquer. On regarde ordinairement le droit coutumier comme un fait, et on l'assimile à tous les faits susceptibles de constituer un droit, à un contrat, à un testament, par exemple. Si le juge ne peut admettre un fait qui ne soit allégué et prouvé par une des parties, le droit coutumier doit être, pour son allégation et sa preuve, soumis aux

mêmes règles que tous les faits en général, que les contrats et les testaments.—Ce principe, adouci, il est vrai, par quelques auteurs de manière à rendre son application moins choquante, doit être entièrement rejeté (*e*).

Tout rapport de droit se compose de deux éléments, l'un général, l'autre particulier; l'un est la règle de droit, l'autre le fait qui donne lieu à l'application de la règle (§ 5). Le juge peut et doit connaître la règle (*jus novit curia*), mais il peut et doit ignorer le fait, tant que le fait ne lui a pas été déféré et prouvé par une des parties. Cette distinction subsiste, soit que la règle émane de la loi, du droit coutumier ou du droit scientifique. La doctrine que je combats confond ces deux éléments constitutifs du rapport de droit, elle applique à la règle ce qui n'est vrai que du fait, c'est le fait particulier seul, dont les règles de la procédure exigent la preuve; et c'est ce caractère spécial du fait particulier, qu'exprime le mot *fait* pris dans son sens technique.

Mais ce mot, comme toute expression technique qui restreint le sens primitif d'un mot, prête à l'équivoque, et voilà ce qui a causé ou du moins confirmé l'erreur. Ainsi, le mot *fait* pris dans un sens plus général, peut s'appliquer à l'établis-

(*e*) Puchta, I, p. 105, II, p. 151, sq. Cf. Lange Begründungslehre des Rechts. Erlangen, 1821, § 16.

sement d'un droit coutumier, et tel est le sens donné au mot *fait* par les partisans de l'opinion que je réfute. Mais, pour être conséquents, ils devraient étendre ce principe à la loi, car la loi aussi repose sur le fait de la promulgation, et dès lors le juge ne devrait appliquer aucune loi, si une des parties ne l'alléguait et n'en prouvait l'existence ainsi que le contenu. Voilà ce qu'on n'a jamais avancé, bien que considérés, sous ce point de vue général, la loi et le droit coutumier aient une nature identique. Si, laissant de côté la discussion des principes, on cherchait dans le droit romain la confirmation de cette doctrine (*f*), on ne réussirait pas davantage, car en fait le droit romain ne contient aucune disposition sur la preuve du droit coutumier.

Il y a néanmoins dans cette doctrine un élément de vérité. J'espère, en le reconnaissant et le réduisant à sa juste valeur, réfuter d'une manière complète l'erreur qui s'y mêle (*g*). Le droit, dans les temps modernes, a revêtu un caractère artificiel; on exige du juge des études scientifiques, on le soumet à diverses épreuves, qui lui donnent une position bien différente de celle des anciens échevins. Ceux-ci rendaient sur chaque procès

(*f*) Telle paraît être l'opinion de Heichhorn, Deutsches Privatrecht, § 26.

(*g*) Cf. Puchta, Gewohnheitsrecht, II, p. 165 sq.

témoignage du droit vivant, dont ils avaient, comme tous les membres de la nation, la conscience immédiate, seulement peut-être plus nette et plus distincte, par suite de l'habitude des affaires. Aujourd'hui, si d'un côté nous demandons au juge davantage, de l'autre nous devons demander moins. S'il a besoin, pour juger, d'une science péniblement acquise, nous ne pouvons prétendre qu'il ait, comme les anciens échevins, cette conscience immédiate du droit que donnent les communications de la vie réelle (*h*). La position du juge vis-à-vis de la législation ou du droit scientifique, n'est donc pas la même que vis-à-vis du droit coutumier. Le juge peut et doit connaître la législation et le droit scientifique; s'il les viole par ignorance, il manque à son devoir; mais en matière de droit coutumier ses obligations sont moins rigoureuses. Le plaideur, qui craint de voir omettre à son préjudice une règle du droit coutumier, doit produire cette règle et imposer sa conviction au juge; autrement le juge

(*h*) Sans doute cela vient en partie de ce que nous avons adopté un droit étranger, qui, de sa nature, exige une étude savante; mais on ne doit pas croire que ce soit là le motif principal. Les Anglais n'ont pas de droit étranger, mais une masse énorme d'actes du parlement et de décisions judiciaires, dont l'étude, comme chez nous celle du droit romain, donne aux juges anglais un caractère tout à fait différent de celui des anciens échevins.

n'est pas répréhensible, et le plaideur doit imputer à sa négligence ou à sa maladresse le préjudice qu'il éprouve.

Ici se révèle la ressemblance pratique du droit coutumier et du fait proprement dit, car le fait doit être allégué et prouvé. Mais il y a loin de cette ressemblance à une assimilation complète, et il existe entre ces deux ordres de faits des différences pratiques essentielles (*i*). Le juge ne peut suppléer le droit coutumier, quelle que soit la manière dont il en ait connaissance. Les faits du procès doivent être présentés dans de certains délais et suivant certaines formes déterminées par les règles de la procédure ; mais le droit coutumier peut, en tout état de cause, influer sur le jugement, et le juge peut, en cette matière, admettre toute espèce de preuves. Sous ce point de vue, le droit coutumier est absolument semblable aux lois étrangères, dont parfois dépend la décision d'un procès. La connaissance de ces lois n'est pas obligatoire pour le juge; les parties doivent les rechercher et les produire comme le droit coutumier, ce qui, du reste, ne les assimile pas aux faits proprement dits. Si dans un procès se présente une question de droit coutumier, le juge, pour en prendre connaissance, peut se déterminer suivant les circons-

(*i*) Puchta, Gewohnheitsrecht, II, p. 169, 176, 187, sq.

tances; il peut chercher sa conviction dans la pratique, si elle réunit les caractères que j'ai exposés plus haut (§ 29); il peut consulter les personnes immédiatement initiées au droit coutumier : alors elles figurent comme experts, non comme témoins, car elles n'ont pas à déposer sur un fait matériel (*k*). L'adoption de ce moyen ne saurait passer pour une application directe de la Novelle, où il en est parlé (note *d*), car Justinien ne prescrit pas au juge la marche à suivre pour s'enquérir d'un droit coutumier; seulement il expose comment lui-même s'y est pris, dans un cas particulier, pour rendre une loi conforme à la coutume. Mais le juge qui suit cet exemple entre dans l'esprit de nos lois, et, sous ce rapport, la Novelle de Justinien peut être regardée comme autorité. — Si la règle de droit coutumier, débattue au procès, avait déjà été appliquée dans une autre espèce, et que le même juge ou tout autre tribunal, après un mûr examen, eût reconnu la règle comme vraie, ce jugement antérieur serait une autorité grave, un témoignage officiel qui abrégerait ou même finirait les débats, car, dans la première affaire, l'opposition de la partie adverse a dû nécessairement éveiller l'attention du magistrat. Aussi

(*k*) Puchta, II, p. 125, sq., p. 135 sq. Il cite également les auteurs qui approuvent cette méthode. — Cf. note *c*.

Ulpien conseille-t-il au juge de rechercher tout d'abord si la coutume se trouve confirmée par une décision antérieure (*l*).

N'oublions pas néanmoins que cette différence, dans la mise en œuvre des sources, ne tient pas à la nature même du droit coutumier, mais à l'imperfection de notre jurisprudence, imperfection dont nous ne sommes pas responsables, et que nous devons corriger de notre mieux. Cette espèce de déviation, que la nécessité nous impose, doit donc être renfermée dans des bornes aussi étroites que possible. D'abord, elle est inapplicable aux coutumes faisant partie du droit commun. Toutes ces coutumes, sans aucune exception, sont reconnues par la science qui leur a servi d'intermédiaire, et n'ont pas ce caractère de popularité, le seul difficile à saisir. Ainsi, quand un plaideur soutient que le *nudum pactum* donne lieu à une action, que les *leges restitutæ* du Code et les prescriptions du droit public des Romains n'ont pas d'autorité pratique, ce sont là des principes du droit coutumier commun ; mais

(*l*) L. 34, de leg. (I, 3) : « Cum de consuetudine civitatis « vel provinciæ confidere quis videtur : primum quidem il- « lud explorandum arbitror, *an etiam contradicto aliquando* « *judicio consuetudo firmata sit.* » Cf. Puchta, I, p. 96, II, p. 129, sq. On a souvent conclu de ce texte, mais à tort, qu'il fallait absolument des décisions judiciaires pour établir un droit coutumier (§ 29).

jamais juge n'en fera le sujet d'une enquête, jamais il n'exigera de preuves ou de témoins de leur application. — Le droit coutumier local est donc le seul pour lequel il faille recourir à ces voies exceptionnelles, et encore en sera-t-on dispensé, si par bonheur il existe des recueils généraux réunissant les conditions que j'ai énumérées, où se trouvent consignées les règles de la coutume. De semblables recueils, composés de nos jours, lèveraient toutes les incertitudes, car, sans doute, leur autorité serait confirmée par l'autorité législative.

Enfin, quant à ses effets, le droit coutumier devait être mis sur la même ligne que les lois, car le droit romain qu'on prend ici pour type, le dit expressément; mais, dans ses applications particulières, le droit coutumier devait exercer son action de différentes manières, selon qu'il existait déjà une loi sur la question, ou qu'il n'en existait pas. Dans ce dernier cas point de difficulté, car, évidemment, le droit coutumier comblait une lacune de la loi. Dans le second cas, si la coutume était en opposition avec une loi, d'après le principe d'égalité établi entre la législation et le droit coutumier, la règle la plus récente devait l'emporter, quelle que fût son origine. La L. 2, C. quæ sit longa consuet., laissait des doutes sur ce point; mais la plupart des auteurs ont reconnu au droit coutumier la puissance de mo-

difier la législation, sauf de rares exceptions qu'ils fondent sur cette loi du Code (*m*).

Quelques auteurs modernes distinguent si la loi a été simplement abolie par le non usage (desuetudo), ou remplacée par une disposition nouvelle (consuetudo abrogatoria); pour ce dernier cas, ils reconnaissent l'autorité de la coutume, et ils la nient formellement pour le premier (*n*). Mais, dans le texte cité du Code, on ne trouve pas même l'apparence de cette distinction; car, si on le prend à la lettre, il s'applique également aux deux cas. En effet, une coutume qui adoucit ou aggrave la peine prononcée par une loi, ne subjugue (vincit) pas moins la loi, que celle qui anéantit la pénalité tout entière et déclare licites des actes autrefois défendus. Cette distinction n'est pas fondée davantage sur la nature du droit coutumier. Sans doute, le mot *desuetudo* cache parfois un fait qui n'a rien de commun avec le droit coutumier, je veux dire, la non application d'une loi pendant un long espace de temps, faute de matière pour son application. Ce fait négatif ne manisfeste aucune

(*m*) Voyez l'appendice, N. II.

(*n*) C'est cette opinion que s'est proposé d'établir Schweitzer, de desuetudine. Lips., 1801. Elle est également adoptée par Hübner, Berichtigungen und Zusätze zu Höpfner, p. 159. — Les véritables principes sur la matière sont très-bien exposés dans Puchta, Gewohnheitsrecht, II, p. 199, sq.

conviction de droit et n'établit aucun droit coutumier. Mais si les cas prévus par la loi se fussent présentés, et qu'on eût négligé de s'en servir, cet abandon de la loi passé en coutume serait aussi efficace pour l'abolir, que si une coutume positive l'eût remplacée par une règle contraire. On peut même dire que toute *desuetudo* implique une règle inverse. Ainsi, par exemple, la prohibition de l'anatocisme, levée pour les comptes courants du commerce, est une *desuetudo;* mais elle fait revivre la règle générale sur la validité des stipulations d'intérêts, qui ne sont pas formellement prohibés.

Si une coutume locale se trouve en opposition avec l'intérêt de l'État ou avec une loi générale absolue, cette coutume, quand même elle serait postérieure à la loi, n'a aucune autorité; et ce principe ne dérive pas seulement du texte du Code, sainement interprété (L. 2, C. quæ sit longa consuet.), il tient à la nature même des rapports entre l'État et ses diverses parties (*o*). Ainsi, par exemple, une nouvelle loi sur l'usure serait une loi générale dont l'application ne pourrait être entravée par aucune coutume locale, antérieure ou postérieure à sa promulgation.

(*o*) Voy. l'appendice, N. II.

§ XXXI. *Principes des législations modernes sur les sources du droit.*

Les doctrines des auteurs modernes, exposées précédemment, ne pouvaient demeurer sans influence sur les codes qui ont été faits de nos jours. Il s'agit maintenant de rechercher comment les auteurs de ces codes envisagent les sources du droit.

Le code prussien, le premier en date, abolit le droit commun antérieur, se pose comme source exclusive du droit, et, en effet, il devait renfermer tout ce qui était encore susceptible d'application (*a*). — Puis il règle la formation des lois futures et le mode de leur publication (*b*); dispositions très-raisonnables, puisque le Code embrassait plusieurs matières du droit public; mais ces dispositions furent bientôt trouvées insuffisantes et remplacées par d'autres. — Le droit coutumier général, jusque-là en vigueur, était compris dans l'abolition du droit commun: quant aux coutumes locales, celles encore susceptibles d'application devaient être recueillies dans un délai de deux ans, et, avec les lois provinciales, former des codes provinciaux. Les

(*a*) Publickationspatent, § 1.
(*b*) L. R. Einleitung, § 7-11.

coutumes locales, exclues de ces recueils, ne devaient être admises que comme compléments du Code, et pour le petit nombre de cas où le Code y renvoie (*c*). Le Code est muet sur la formation du droit coutumier pour l'avenir; mais, d'après les dispositions précédentes, ce ne pouvait être qu'un droit coutumier local. — Enfin, relativement au droit scientifique, le Code s'exprime ainsi : « On ne doit avoir aucun égard, pour la décision d'un procès, aux opinions des jurisconsultes ni aux jugements antérieurs des tribunaux (*d*). » Malgré la généralité de cette dernière expression, il faut sans doute entendre la jurisprudence (præjudicia), et non l'autorité de la chose jugée; et quand le Code défend d'avoir égard aux opinions des jurisconsultes, cela veut dire qu'elles n'ont aucune force obligatoire comme lois; mais l'influence morale qu'elles exercent sur la conviction du juge, quelquefois même à son insu, aucune loi ne saurait l'interdire.

Le droit public est en dehors du Code français; aussi ne trouve-t-on dans ce Code aucune disposition directe sur le sujet qui nous occupe. L'abolition du droit antérieur sur les matières, faisant l'objet du nouveau Code, fut prononcée par une loi particulière (*e*). Le Code se borne

(*c*) Publick. Patent, § 7. — L. R. Einleitung, § 3, 4.

(*d*) L. R. Einleit., § 6.

(*e*) Loi du 21 mars 1804. « A compter du jour où les lois

à cette disposition indirecte, fort importante, que le juge ne peut se dispenser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité de la loi (*f*). De cette disposition résulte que, dans de semblables cas, la loi s'en remet à la prudence du juge, et, comme la cour de cassation réprime les abus de cette liberté, l'ensemble de ces dispositions forme un système bien lié. Pour certaines matières spéciales, les servitudes et le louage, le Code renvoie aux coutumes locales et aux règlements particuliers (*g*). Le Code ne dit rien sur la formation du droit à l'avenir, mais son silence s'interprète aisément; toute coutume générale est interdite, les coutumes locales sont permises pour les cas spéciaux prévus par le Code.

Le Code autrichien abolit le droit commun, et nommément les coutumes, par l'acte de promulgation de 1811. Ce Code, consacré exclusivement

« composant le Code civil sont exécutoires, les lois romaines, « les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les sta- « tuts et règlements, ont cessé d'avoir force de loi générale « ou particulière dans les matières qui font l'objet de ces « lois. » *Coutumes générales ou locales* ne veut pas dire droit coutumier général ou particulier, mais droit particulier à une province ou à une localité (écrit ou non écrit). Le droit coutumier s'appelle *usage*.

(*f*) Code civil, art. 4.

(*g*) Code civil, art. 645, 650, 663, 671, 674, 1736, 1754, 1758, 1777. — Les art. 1135, 1159, 1160, n'ont ici qu'un rapport apparent.

au droit privé, ne contient aucune disposition sur la législation. Les coutumes ne sont applicables que si la loi y renvoie expressément. Quant aux décisions judiciaires, on se borne à dire qu'elles n'ont pas force de loi, qu'elles n'ont d'effet que pour le cas où elles sont rendues, et entre les parties (*h*).

Dans tous ces Codes, les dispositions les moins importantes sont celles relatives à la législation et au droit coutumier; à la législation, parce qu'il faut en chercher ailleurs le complément nécessaire; au droit coutumier, parce que ce droit, sous sa forme populaire primitive, et dégagé du droit scientifique, ne se trouve presque plus dans les temps modernes. Le rapport des coutumes locales au droit général est très-remarquable, mais hors de mon sujet. Une chose plus remarquable encore, c'est le rapport établi entre les nouveaux Codes et la science, l'influence que conservent la littérature et la jurisprudence sur l'administration de la justice; c'est le développement du nouveau droit d'après l'intelligence de son esprit, confié à la magistrature; non que là-dessus les textes soient positifs, ils n'en disent rien ou presque rien, mais ce développement était désiré, attendu, préparé par le législateur, et il s'est effectivement accompli.

(*h*) Osterreich. Gesetzbuch, § 10, 12.

Ici nous voyons une différence notable (§ 21). En Prusse, la réforme n'avait aucun motif politique, le législateur agissait uniquement dans l'intention bienfaisante de corriger une législation défectueuse et de la remplacer par une meilleure. Le mal se faisait surtout sentir dans le domaine de la littérature. Sans doute on y trouvait de la science et des recherches, c'est-à-dire, de bons éléments, mais elle était incohérente; et la partie pratique de la science du droit, au-dessous du développement général intellectuel, avait perdu son autorité morale. Rompre complétement avec cette littérature semblait utile et même nécessaire; ainsi donc une pensée semblable à celle de Justinien (§ 26) dominait l'entreprise, sauf les différences tenant à l'indépendance et aux lumières de la civilisation moderne. Aussi, loin de songer à proscrire la science, on voulait fonder sur le Code une science nouvelle, comme on le voit à ses développements et à ses formes didactiques. Le but négatif du législateur fut immédiatement atteint, par l'abandon presque total de l'ancienne littérature; mais, pendant près de quarante ans, la science semblait se refuser à naître; depuis quelques années seulement commence un mouvement intellectuel qui donne les meilleures espérances. L'objet direct du nouveau Code était de fonder l'uniformité de la pratique sur des règles exclusives et complètes. Pour juger

si cet objet a été rempli, il faudrait comparer la jurisprudence des tribunaux; les matériaux scientifiques de ce travail nous ont longtemps manqué; des mains habiles commencent aujourd'hui à les recueillir (*i*).

En France, l'état des choses était bien différent (§ 21). Les imperfections de la jurisprudence ne paraissaient nullement intolérables; mais le nouveau Code était un développement naturel de la révolution. La révolution voulait détruire les anciennes institutions, effacer la distinction des provinces, et le Code avait pour but d'abolir les différences locales et de fonder l'unité de la France dans le domaine du droit. La France, avant la révolution, était bien inférieure à l'Allemagne pour la théorie du droit, bien supérieure pour la pratique. L'éloquence du barreau, le contact des mœurs raffinées de la capitale, l'éclat et l'influence des parlements, tout contribuait à donner aux fonctions des juges et des avocats un caractère d'intelligence et de noblesse, et à entourer leur personne de considération.

Les rédacteurs du Code ne voulurent pas abolir l'ancienne jurisprudence, et, sans doute, ils comptaient sur la durée de son action quand ils

(*i*) Simon und Strampf, Rechtssprüche Preussischer Gerichtshöfe. Berlin, 1828.

traitaient si brièvement plusieurs matières très-importantes du droit. Leur attente n'a pas été trompée : la littérature nouvelle se lie tellement à l'ancienne, que l'on a peine à croire qu'elles soient séparées par le grand événement de la promulgation d'un Code. De tous les éléments de la vie publique, le droit civil est peut-être celui que la révolution ait le moins ébranlé et le moins modifié.

Ici encore se révèlent l'esprit des différentes nations, leurs qualités et leurs défauts. C'est aux gouvernants à apprécier les besoins de chaque peuple, et la nature des facultés dont ils disposent pour accomplir de grandes choses. Ainsi, en Allemagne, il ne conviendrait pas de laisser au droit ce libre développement qu'il eut pendant le moyen âge, depuis, longtemps encore, et d'où est sortie la pratique moderne. D'un autre côté, il ne conviendrait pas non plus de confier ce développement du droit à une classe de fonctionnaires supérieurs, aux ministres de la justice, par exemple, qui traiteraient cet objet comme les affaires courantes demandant une prompte expédition. La science, sans la pratique, ou la pratique sans la science ne sauraient atteindre le but, il faut la réunion de toutes deux. On pourrait, dans chaque grand État, former une commission législative, composée de savants jurisconsultes et de praticiens expérimentés, qui

entretiendraient des relations continuelles avec la haute magistrature, et recueilleraient les résultats de la jurisprudence. Une semblable institution réaliserait avec connaissance de cause, et dès lors plus sûrement, ce que les siècles antérieurs ont fait sans s'en rendre compte. Cette institution aurait, sous une forme bien différente, précisément les mêmes effets que la révision annuelle du droit romain par l'édit du préteur. Je ne parle ici que des développements intérieurs du droit qui s'accomplissent en vertu de sa force organique (§ 7). Cette institution pourrait encore satisfaire avec réflexion et intelligence beaucoup de besoins qui, autrement, réclament l'intervention du législateur (§ 13). Pour prouver que la distinction ici établie n'est pas arbitraire, mais fondée sur l'expérience et généralement admise, sinon rigoureusement posée, je citerai les pays où plusieurs pouvoirs politiques concourent à la confection de la loi, la France et l'Angleterre. Malgré la jalousie avec laquelle chacun de ces pouvoirs veille au maintien de son autorité législative, ce développement intérieur et tacite du droit est tellement hors de controverse, qu'on le laisse s'accomplir de lui-même et sans obstacle. Néanmoins, si une institution touche à des intérêts politiques, elle exige une forme plus précise et rentre dans le domaine de la législation. Il faut en dire autant, et avec encore

plus de raison, d'une recomposition générale et systématique du droit, telle que le Code Napoléon.



CHAPITRE IV.

INTERPRÉTATION DES LOIS.

§ XXXII. *Définition de l'interprétation. Interprétation législative. Interprétation doctrinale.*

Jusqu'ici, j'ai considéré le contenu des sources comme les règles du droit en lui-même, et sous un point de vue extérieur. Mais pour que ces règles passent dans la vie réelle, nous avons de notre côté quelque chose à faire, il faut que nous nous les assimilions d'une manière déterminée. Cette assimilation peut recevoir plusieurs applications diverses. Le jurisconsulte s'en sert pour recomposer la science sous des formes nouvelles; le magistrat, pour rendre ses jugements; le citoyen, pour régler avec certitude ses rapports sociaux. Je n'ai pas à examiner les caractères particuliers de ces diverses applications; mais toutes ont pour base un élément commun, l'assimilation même des sources, et c'est cet élément commun que je vais étudier dans le présent chapitre.

Ce que nous avons à faire est un acte intellectuel, acte souvent fort simple, mais qui néanmoins est un travail scientifique, principe et fondement de la science du droit. J'ai déjà parlé de la science comme d'un élément qui concourt à la formation du droit; je la considère ici sous une face opposée, comme percevant le droit placé en dehors d'elle, le droit qu'elle n'a pas fait, et le traduisant à la conscience de l'homme en caractères précis.

Une semblable perception est possible et nécessaire, quelle que soit d'ailleurs la nature des sources. Néanmoins, pour le droit coutumier et pour le droit scientifique, l'opération se fait plus simplement. Sans doute, il existe sur la nature de ces deux droits des erreurs ayant une grande portée; j'en ai parlé plus haut. Mais ces erreurs une fois reconnues, l'opération intellectuelle n'a pas besoin d'explication détaillée. Mais quand il s'agit des lois, l'opération devient souvent très-compliquée; et voilà pourquoi j'ai intitulé ce chapitre : Interprétation des lois.

Cette opération intellectuelle a pour but la reconnaissance de la loi dans sa vérité; en d'autres termes, la loi, soumise au criterium de notre intelligence, doit nous apparaître comme vraie. Cette opération est indispensable pour toute application de la loi à la vie réelle; et c'est sur ce caractère de nécessité constante que se fonde sa

légitimité. Cette opération n'est donc pas restreinte, comme plusieurs le pensent, au cas accidentel d'obscurité dans la loi (§ 50); mais elle peut alors prendre plus d'importance, et avoir des conséquences plus étendues. L'obscurité est une imperfection de la loi, et pour en chercher le remède, il faut d'abord l'étudier à son état normal.

D'un autre côté, quelle que soit l'obscurité de la loi, la nécessité de l'opération intellectuelle n'en subsiste pas moins (*a*). Aussi devons-nous poser en principe que le juge, par la nature de ses fonctions, est tenu de donner un sens à la loi la plus obscure, et d'y conformer son jugement. De même, les faits d'un procès peuvent offrir la plus grande incertitude; mais cela ne dispense pas le juge de se prononcer. Entre les deux éléments d'un jugement, la règle de droit et le fait, il n'y a pas sous ce rapport de différence essentielle. La disposition du droit français qui défend au juge de s'abstenir, sous prétexte du silence ou de l'obscurité de la loi (*b*), est fondée sur la nature même des fonctions judiciaires.

Il est un cas cependant où la liberté d'inter-

(*a*) On verra plus bas comment cette opinion s'accorde avec les prescriptions du droit Justinien. Voy. § 48.

(*b*) Code civil, art. 4.

prétation se trouve enchainée, c'est quand le sens d'une loi est devenu l'objet d'une loi nouvelle. Si donc le sens d'une loi a été fixé par une loi postérieure, ou par une coutume constante, l'interprète cesse d'être libre, il doit accepter et appliquer la loi telle qu'elle est interprétée, quand même il serait convaincu de la fausseté de cette interprétation. Les auteurs modernes appellent l'interprétation *authentique* ou *usuelle*, selon qu'elle est fondée sur la loi ou sur la coutume (*c*), ou bien ils réunissent ces deux espèces d'interprétations sous le nom d'interprétation *légale*, et l'opposent à l'interprétation *doctrinale*, celle que je viens de decrire comme un acte scientifique de l'intelligence.

Les distinctions qu'expriment ces mots techniques sont justes si on considère le but commun : connaître le contenu d'une loi. En ce sens, tout moyen d'arriver à ce but s'appelle interprétation, et les distinctions faites par les auteurs répondent à la diversité de ces moyens. Mais si l'on considère l'interprétation dans son essence, il faut en revenir à l'idée d'un acte libre de l'intelligence; car voilà ce qu'implique nécessairement l'existence de la loi. En effet, toute

(*c*) Ce droit coutumier interprétatif a en même temps la nature du droit scientifique (§ 14, 20); car il arrive bien rarement que la conviction générale de la nation ait pour objet une loi déterminée.

loi, pour recevoir son application à la vie réelle, doit être saisie par l'intelligence ; car il n'est pas dans l'ordre ordinaire des choses que chaque loi soit suivie d'une autre qui l'explique, et d'ailleurs, en attendant la loi explicative, il faudrait toujours avoir recours à l'action libre de l'intelligence. Cette définition admise, ce que l'on appelle interprétation *légale* n'est pas une espèce d'interprétation, mais bien plutôt le contraste, l'exclusion, la défense de l'interprétation véritable, c'est-à-dire, l'action libre de l'intelligence. La définition que je donne se trouve justifiée, comme contenant le rapport évident et incontestable de la règle à l'exception. Ainsi donc, j'emploierai désormais le mot générique *interprétation* pour désigner l'interprétation doctrinale.

Des auteurs modernes ont renversé le rapport de la règle et de l'exception. Ils prétendent que l'interprétation est législative de sa nature, et qu'elle ne peut appartenir à une classe de fonctionnaires ou aux citoyens, sans une délégation de l'autorité souveraine (*d*). Cette opinion se rattache à celle des auteurs modernes, qui regardent l'interprétation non comme une explication simple et vraie, mais comme une modifica-

(*d*) Zachariä, Hermeneutik des Rechts. Meissen, 1805, p. 161-165.

tion de la loi. L'examen de cette opinion trouvera sa place plus bas.

L'interprétation est un art qui s'apprend par l'étude des grands modèles que l'antiquité et les temps modernes nous offrent en abondance. Quant à la théorie de cet art, nous sommes beaucoup moins riches. Cela tient à des circonstances accidentelles. Mais ne nous faisons pas illusion sur la valeur de la théorie, même la plus parfaite. L'art de l'interprétation, comme tous les autres arts, ne s'enseigne pas avec des règles. Mais, en contemplant les œuvres des grands maîtres, nous saisissons le secret de leur supériorité, nous exerçons les facultés que réclame la science, et nous apprenons à bien diriger nos efforts. C'est à donner ce précepte, et à signaler les fausses routes, que se réduit la théorie de l'interprétation comme celle de tous les arts.

Ici encore, se présente l'importante question de savoir si les prescriptions du droit romain sur l'interprétation sont obligatoires dans les pays où ce droit est adopté. J'ai résolu cette question négativement (§ 27) au sujet de la formation du droit lui-même; ici il ne s'agit que de la manière de percevoir les sources du droit, et cette question, quoique intimement liée à la première, pourrait recevoir une solution différente. Je ne saurais, quant à présent, la traiter

d'une manière complète et définitive, je citerai donc provisoirement les principes du droit romain, en me réservant d'examiner plus tard si ce sont pour nous des lois obligatoires ou de graves autorités.

Le sujet de ce chapitre se divise en deux parties : l'interprétation de chaque loi prise séparément et en elle-même; l'interprétation des sources considérées dans leur ensemble. En effet, la réunion des sources embrassant toutes les matières du droit, nous devons y trouver le double caractère d'unité et d'universalité; ce qui nous impose une double tâche, lever toutes les contradictions, combler toutes les lacunes.

§ XXXIII. A. *Interprétation des lois détachées. Règles fondamentales de l'interprétation.*

Toute loi étant destinée à fixer un rapport de droit, toute loi exprime une pensée simple ou complexe, qui met ce rapport de droit à l'abri de l'erreur ou de l'arbitraire. Pour que la loi parvienne à ce but, il faut que sa pensée soit saisie tout entière, et dans toute sa pureté, par tous ceux qu'atteint ce rapport de droit. Ceux-ci doivent alors se transporter au point de vue du législateur, reproduire artificiellement ses opérations, et recomposer la loi par la pensée. Tel est le procédé de l'interprétation, que l'on peut définir aini : la reconstruction de la pensée con-

tenue dans la loi (*a*). Par là seulement on obtient une intuition certaine et complète de ce que la loi renferme, et par là seulement le but de la loi se trouve rempli.

Jusqu'ici l'interprétation de la loi ne diffère en rien de l'interprétation de toute autre pensée exprimée par le langage; celle, par exemple, dont s'occupe la philologie. Mais son caractère particulier se révèle quand on décompose ses parties constitutives. Ainsi, on y distingue quatre éléments, l'élément grammatical, logique, historique et systématique.

L'élément grammatical de l'interprétation a pour objet les mots dont se sert le législateur pour nous communiquer sa pensée, c'est-à-dire, le langage des lois.

L'élément logique a pour objet la décomposition de la pensée, ou les rapports logiques qui unissent ses différentes parties.

L'élément historique a pour objet l'état du droit existant sur la matière, à l'époque où la loi a été rendue. Cet état détermine le mode d'action

(*a*) J'emploie le mot *pensée*, comme le plus propre à exprimer la partie intellectuelle de la loi. D'autres emploient le mot *sens*. Il faut éviter le mot *intention*, parce qu'il a une double signification; car il peut s'entendre également du but immédiat de la loi, et d'un but plus éloigné du législateur auquel la loi concourt indirectement. Les Romains se servent indifféremment des mots *mens* et *sententia*.

de la loi : c'est ce mode d'action et le changement introduit par la loi, que l'élément historique doit mettre en lumière.

Enfin, l'élément systématique a pour objet le lien intime qui unit les institutions et les règles du droit au sein d'une vaste unité (§ 5). Le législateur avait devant les yeux cet ensemble aussi bien que les faits historiques, et pour saisir sa pensée tout entière, nous devons nous expliquer clairement l'action exercée par la loi sur le système général du droit, et la place qu'elle y occupe (*b*).

L'étude de ces quatre éléments épuise le contenu de la loi. Ce ne sont donc pas quatre espèces d'interprétations, parmi lesquelles on peut choisir selon son goût ou son caprice; ce sont quatre opérations distinctes, dont la réunion est indispensable pour interpréter la loi. Sans doute l'un ou l'autre de ces éléments peut avoir plus d'importance et ressortir davantage. Aussi suffit-il de n'en négliger aucun, et, d'après les circonstances, on peut, sans nuire à la profondeur de l'inter-

(*b*) L'élément systématique forme aussi une partie essentielle et intégrante de l'interprétation. Cet élément manque dans les nombreux commentaires faits sur le droit Justinien, où l'on s'attendrait à le trouver. En effet, ce sont, pour la plupart, des commentaires dogmatiques et quelquefois historiques, où l'auteur, à l'occasion du texte, s'étend sur les matières qui s'y rapportent.

prétation, passer sous silence un de ces éléments dont la mention serait inutile ou pédantesque. Mais la réussite de l'interprétation tient à deux conditions essentielles où se résument les caractères de ces divers éléments. D'abord, nous devons reproduire en nous-mêmes l'opération intellectuelle d'où sort la pensée de la loi; ensuite, les faits historiques et le système du droit qui seuls jettent du jour sur une loi particulière, doivent nous être assez présents dans leur ensemble, pour que nous y rattachions immédiatement le texte à interpréter. Ces deux conditions mûrement examinées nous expliquent un phénomène qui pourrait nous rendre suspecte la rectitude de notre jugement. Nous trouvons quelquefois dans de savants auteurs des erreurs d'interprétation qui semblent incroyables, et où ne tomberait peut-être pas un élève distingué auquel le même texte serait soumis. Cela se voit surtout pour les nombreuses espèces qui forment une partie si considérable et si instructive du Digeste.

Le but de l'interprétation est de tirer de chaque loi le plus d'instruction possible; elle doit donc être à la fois individuelle et féconde en résultats (*c*). Le succès de l'interprétation admet bien des degrés; cela tient au talent de l'interprète,

(*c*) Le mot interprétation (explicatio) est le plus propre à exprimer cette idée; car par là on entend l'exposition com-

et encore au talent du législateur qui, maître de son sujet, aura su presser et concentrer dans son texte les idées positives. Ainsi, la législation et l'interprétation exercent entre elles des influences réciproques, elles prospèrent ensemble, et la supériorité de chacune est pour l'autre une condition et un gage de supériorité.

§ XXXIV. *Motif de la loi.*

Si l'interprétation a pour but de nous donner conscience de la loi, tout ce qui n'appartient pas au contenu de la loi, quelle que soit d'ailleurs son affinité avec ce contenu, demeure, rigoureusement parlant, étranger à l'objet de l'interprétation. Ici se présente en première ligne le motif de la loi (*ratio legis*). Ce mot a deux sens différents selon qu'on l'applique au passé ou à l'avenir; ainsi il désigne, 1° la règle supérieure de droit, d'où sort la loi comme déduction et conséquence; 2° l'effet que la loi est appelée à produire, c'est-à-dire, le *but*, l'*intention* de la loi. Ce serait se tromper que de voir entre ces deux choses une opposition absolue; on doit admettre au contraire que le législateur les a

plète de tout ce que le texte renferme. Le mot explication convient mieux à l'éclaircissement des difficultés accidentelles que peut offrir le texte.

constamment réunies dans sa pensée. Elles ont néanmoins cette différence relative que l'une ou l'autre prédomine dans certaines lois. Ici se représente la distinction posée plus haut (§ 16) entre le droit normal et le droit anomal. Dans le droit normal (*jus commune*) prédomine l'influence des règles antérieures dont la loi complète le développement; son but est de traduire le droit en caractères visibles et d'assurer son exécution. Dans le droit anomal (*jus singulare*), l'action de la loi sur l'avenir est le point de vue prédominant. Une loi sur l'usure, par exemple, qui viendrait au secours des débiteurs pauvres, serait dominée uniquement par la maxime générale, que le législateur doit interposer sa protection tutélaire, quand une classe de la société voit son sort compromis dans le domaine du droit.

Le motif de la loi peut être plus ou moins certain. Il ne l'est jamais davantage que s'il se trouve exprimé dans la loi; mais alors même il demeure distinct de son contenu, et n'en devient nullement partie intégrante. Par contre, l'ignorance où nous sommes du motif de la loi ne lui ôte rien de son autorité. Quand bien même nous saurions avec certitude que la loi n'a jamais eu de motif véritable, c'est un cas dont je parlerai tout à l'heure, sa force obligatoire n'en recevrait aucune atteinte. — L'incertitude sur le

motif de la loi peut venir de plusieurs causes. Quelquefois nous apercevons plusieurs motifs sans savoir les coordonner; quelquefois aussi, un motif évident, exprimé dans le texte même, semble étranger à la loi, par suite de la suppression des idées intermédiaires qui lèveraient cette apparence de contradiction (*a*).

Il existe divers degrés de relation entre le motif et le contenu de la loi. Tantôt ils présentent le rapport purement logique du principe à la conséquence, et alors ils sont identiques (*b*); tantôt, au contraire, ils se trouvent fort éloi-

(*a*) Le sénatus-consulte Macédonien avait pour but d'interdire, dans l'intérêt des familles, les emprunts usuraires faits par les fils sous la puissance paternelle. Mais, pour atteindre ce but, la défense dut être beaucoup plus étendue et embrasser bien des cas innocents.

(*b*) La L. 13, § 1, de pign. act. (XIII, 7), détermine le degré de la faute relativement au contrat de gage, et cette détermination n'est que la conséquence du principe général posé dans la L. 5, § 2, commodati (XIII, 6). Il faut en dire autant de plusieurs contrats qui s'y trouvent mentionnés; par ex., le dépôt. On pourrait être tenté d'appliquer à la tutelle la règle adoptée pour le dépôt; car le tuteur ne retire aucun profit de son administration. Mais cette conséquence, purement logique, tombe devant d'autres motifs, et ici se présente l'application de ce que j'ai dit plus haut sur la combinaison de divers motifs; et relativement à la tutelle, les principes qu'il s'agit de concilier se combattent mutuellement.

gnés l'un de l'autre (*c*). Les motifs sont appelés *spéciaux* ou *généraux*, selon ces différents cas. Au reste, ces idées toutes relatives, loin d'être tranchées rigoureusement, se touchent par des nuances imperceptibles.

Le motif de la loi peut être invoqué utilement et avec confiance, quand il s'agit de savoir quelle est la nature de la règle contenue dans la loi, si elle appartient au droit absolu ou au droit supplétif, au *jus commune* ou au jus *singulare* (§ 16). — On doit s'en servir avec beaucoup plus de précaution et de réserve pour l'interprétation de la loi. Son emploi varie d'ailleurs suivant son degré de certitude, et suivant son affinité avec le contenu de la loi, comme je l'ai dit tout à l'heure. Les conditions spéciales de ce moyen d'interprétation trouveront leur place plus bas.

Dans les motifs de la loi j'ai signalé de nombreuses différences tenant à la nature de leurs rapports et à leur affinité avec le contenu de la loi, à leur certitude et à leur application. Malgré ces différences, ils ont un caractère commun; ils tiennent à l'essence même de la loi; en d'autres termes, ils ont une nature objective par

(*c*) La règle générale sur la faute (L. 5, § 2, comm.) repose sur un principe d'équité, dont il est très-délicat de fixer les limites, et dont les applications sont fort éloignées.

rapport à la pensée du législateur. C'est cette nature objective qui les rend reconnaissables à chacun; et si dans certains cas ils nous restent cachés, ce sont là de rares exceptions. Par là, ils se distinguent nettement des faits ayant avec la pensée du législateur un rapport purement subjectif, faits dont la connaissance est pour nous aussi rare et accidentelle que l'ignorance des motifs de la loi. Il faut ranger dans cette classe les événements qui ont été l'occasion d'une loi, mais qui auraient pu donner lieu à des mesures toutes différentes (*d*); et les considérations de personnes et de circonstances, qui déterminent le législateur à établir une règle générale et permanente (*e*). — Ces faits subjectifs ne doivent avoir aucune influence sur l'interprétation de la loi, pas même l'influence restreinte attribuée aux motifs. Seulement, on peut en faire un usage négatif, prouver par là l'absence d'un motif véritable, et repousser les motifs imaginaires qu'on serait tenté de chercher (*f*).

(*d*) Par ex., le fait qui a donné lieu au sénatus-consulte Macédonien. L. 1, pr. de Sc. Maced. (XIV, 6).

(*e*) Ainsi, la loi qui permet d'épouser la fille de son frère, rendue sous le règne de Claude, n'avait d'autre but que d'autoriser l'empereur à épouser Agrippine, fille de Germanicus. Suetonii, Claud., C. 26. Taciti, Annal., XII, 5-7.

(*f*) Ordinairement, on ne distingue pas assez ces considé-

§ XXXV. *Interprétation des lois défectueuses. Des différentes espèces de défectuosités, et des moyens d'y remédier.*

Les principes fondamentaux que je viens de poser (§ 33) suffisent pour l'interprétation des lois à l'état normal, celles dont l'expression renferme une pensée complète, et que tout nous autorise à regarder comme le contenu véritable de la loi. Je passe maintenant aux lois défectueuses, à l'examen des difficultés qu'elles présentent, et des moyens de les surmonter. Les défectuosités de la loi peuvent se ranger en deux classes :

I. Expression indéterminée ne renfermant aucune pensée complète.

II. Expression impropre, dont le sens direct est en contradiction avec la pensée véritable de la loi.

Ces deux espèces de défectuosités n'appellent pas le remède d'une manière également impérieuse. La première veut être corrigée dans tous les cas, et cela n'offre aucun danger. La seconde

rations subjectives d'avec la base de la loi, et les expressions vagues, le *vœu*, le *motif*, l'*intention* de la loi, contribuent à cette confusion. Ce sujet a été traité avec une certaine exactitude par Hufeland, Geist des Römischen Rechts, Th. 1. Giesen, 1813, p. 13-19.

est plus délicate à traiter, et demande beaucoup de précautions.

Mais avant d'entrer dans les détails de ce sujet, il est bon de passer en revue les moyens que nous avons à notre disposition.

Le premier consiste à examiner l'ensemble de la législation, le second à rapprocher la loi de son motif, le troisième à apprécier le mérite du résultat obtenu par l'interprétation.

A. Examen de la législation dans son ensemble. Ce moyen peut être appliqué de deux manières à l'interprétation d'une loi défectueuse. On peut interpréter la partie défectueuse à l'aide des autres parties de la même loi, et c'est la voie la plus sûre (*a*); on peut interpréter la loi défectueuse à l'aide des autres lois (*b*).

L'interprétation obtenue par ce dernier moyen sera d'autant plus certaine que les lois seront plus rapprochées; si elles émanent du même législateur, l'interprétation atteindra son plus haut degré de certitude. On peut néanmoins se

(*a*) L. 24 de leg. (I, 3) : « Incivile est nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere. »

(*b*) Cette méthode d'interprétation, qui consiste à compléter une loi par une autre, ne doit pas être confondue avec la conciliation des contradictions que présentent les sources du droit considérées comme un seul tout. Je traiterai ce sujet § 42-45.

servir aussi des lois antérieures, dans la supposition légitime que le législateur a eu ces lois devant les yeux, et que dès lors elles sont le complément de sa pensée (*c*). On peut enfin se servir des lois postérieures; mais ce dernier cas ne rentre que rarement dans le domaine de l'interprétation pure. En effet, ces lois modifient le plus souvent la loi défectueuse, ou en donnent une interprétation authentique (§ 32) qui n'est pas de l'interprétation proprement dite. Quand on emploie les lois postérieures comme moyens d'interprétation pure, on suppose que l'esprit de l'ancienne législation s'est conservé dans la nouvelle (*d*).

B. Une loi défectueuse s'interprète par ses motifs : mais ce moyen d'interprétation souffre plus de restrictions que le précédent. Ainsi, son emploi sera subordonné à la certitude des mo-

(*c*) L. 26, 27, de leg. (I, 3) : « Non est novum, ut priores « leges ad posteriores trahantur. » — « Ideo, quia antiquiores « leges ad posteriores trahi usitatum est, et semper quasi hoc « legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et « ad eas res pertinerent, quæ quandoque similes erunt. »

(*d*) L. 28, de leg. (I, 3) : « Sed et posteriores leges ad prio- « res pertinent, nisi contrariæ sint. » Ce texte ne parle que du cas où les lois postérieures sont contraires. Mais dans le cas d'interprétation authentique, le sens de la loi antérieure est adopté par nous, non comme vrai, mais comme fixé par la loi postérieure.

tifs, et à leur affinité avec le contenu de la loi (§ 34). En l'absence de l'une ou de l'autre de ces conditions, les motifs pourront toujours servir de remède à la première espèce de défectuosité (l'expression indéterminée), rarement à la seconde espèce (l'expression impropre).

C. L'appréciation du résultat obtenu est, de tous les moyens d'interprétation, le plus aventureux, car l'interprète risque beaucoup d'excéder ses pouvoirs, et d'empiéter sur le domaine de la législation. Aussi, devra-t-on y recourir pour préciser le sens d'une expression indéterminée, jamais pour ramener le texte à la pensée de la loi.

Les moyens d'interprétation nous offrent les mêmes gradations que les défectuosités de la loi. Ainsi, le premier est d'une application générale, le second demande beaucoup de réserve, le troisième doit être circonscrit dans les limites les plus étroites.

§ XXXVI. *Interprétation des lois défectueuses. Suite.* (Expression indéterminée).

L'indétermination qui voile une pensée peut tenir ou à une expression incomplète ou à une expression ambiguë.

L'expression incomplète d'une loi a précisément le caractère d'un discours interrompu et

dont le sens reste en suspens. Telle serait une loi qui exigerait des témoins dans un cas et n'en fixerait pas le nombre (*a*).

L'ambiguïté, qui se présente plus fréquemment et avec des conséquences plus graves, peut se trouver : 1° dans une expression ; 2° dans une construction amphibologique.

Tantôt l'expression employée pour désigner une individualité s'applique à d'autres individualités de la même espèce : cela se rencontre moins souvent dans les lois que dans les actes et les contrats (*b*); tantôt l'expression employée pour rendre une idée abstraite présente deux significations différentes (*c*), ou seulement deux ac-

(*a*) Ainsi, dans la Nov. 107, C. 1. — Il en est de même quand il s'agit d'une somme dont la nature ou la quotité est indéterminée. De semblables cas, non dans des lois, mais dans des testaments, sont cités L. 21, § 1, qui test. (XXVIII, 1).

(*b*) Exemples : L. 21, § 1, qui test. (XXVIII, 1). L'esclave Stichus est légué à Titius, et il y a plusieurs individus appelés Stichus et Titius. L. 39, § 6, de legat. (XXX, un.). Le fonds Cornélien est légué par un testateur qui en possédait plusieurs de ce nom.

(*c*) Ainsi, les mots *familia*, *puer*, *potestas*, ont plusieurs significations très-différentes. L. 195, 204, 215, de V. S. (L. 16).—On trouve des exemples remarquables de ces doubles significations, L. 5, C. fin. reg. (III, 39), et L. 30, C. de j. dot. (V, 12), dans la première, *præscriptio* peut vouloir dire exception, précepte, et, selon plusieurs auteurs, usucapion ; dans la seconde, ces mots : *si tamen exstant*, peuvent

ceptions, l'une plus large, l'autre plus restreinte (*d*).

Une construction amphibologique peut aussi rendre une loi équivoque; et bien que cette espèce d'ambiguïté se voie surtout dans les contrats, les lois n'en sont pas exemptes (*e*).

Toutes ces ambiguïtés, malgré la diversité de leurs apparences, ont cela de commun qu'elles nous empêchent de saisir avec certitude la pensée complète de la loi. — L'ambiguïté vient du législateur; elle peut tenir à l'obscurité de ses idées, à son impuissance de manier la langue, ou à ces deux circonstances réunies. Mais, quelle que soit

vouloir dire : s'ils n'ont pas été anéantis, ou s'ils n'ont pas été aliénés (exstant apud maritum).

(*d*) Ainsi, les expressions suivantes ont deux significations, l'une large, l'autre étroite : *cognatio, pignus, hypotheca, adoptio* (L. 1, § 1, de adopt., I, 7), *familia* (L. 195, de V. S., L. 16). — La convention *ne luminibus officiatur*, peut s'appliquer à l'état actuel des choses, ou bien à l'état actuel et à l'état futur. L. 23, pr. de serv. P. u. (VIII, 2). L'interprétation qui lève une équivoque est appelée *declarativa*, et *lata* ou *stricta*, selon qu'elle étend ou restreint le sens du mot. Thibaut, Pandekten, § 48, 50, 53.

(*e*) L'explication d'un texte difficile, L. 2, de div. temp. præscr. (XLIV, 3), tient à la question de savoir si ses derniers mots : *mihi contra videtur*, se rapportent au texte entier ou seulement à une de ses parties. — On trouve des exemples de ces constructions équivoques dans Mühlenbruch, I, § 59, not. 1.

la source de l'obscurité, l'interprète doit nécessairement y porter remède, car on ne saurait tirer une règle d'une loi ainsi défectueuse. La reconnaissance de cette nécessité est également certaine; elle peut se prouver par une argumentation logique. Mais l'argumentation se réduit à constater la nature du doute, elle n'en donne pas la solution. On doit la chercher dans les trois moyens d'interprétation que j'ai énumérés (§ 35): tous sont applicables; et la question de leur mérite se borne à déterminer l'ordre dans lequel on doit les employer.

Ainsi, on devra d'abord recourir à l'examen de la législation dans son ensemble; et si cela suffit pour déterminer le sens de la loi, il faudra négliger les autres voies d'interprétation, comme moins sûres et d'ailleurs surabondantes.

En second lieu, on devra consulter le motif de la loi, et, si la chose est possible, le motif spécial ayant une affinité directe avec le contenu de la loi (§ 35); et, à son défaut seulement, le motif général comme moyen subsidiaire. Si, par exemple, une loi repose sur l'*æquitas*, tel est le caractère reconnu du droit normal dans les temps modernes (§ 16), et que cette loi soit susceptible de deux interprétations, on devra préférer celle que l'*æquitas* justifie (*f*).

(*f*) C'est ainsi qu'il faut entendre la L. 8, C. de jud. (III, 1)

En troisième et dernier lieu, on pourra déterminer le sens de la loi par l'appréciation des résultats que donnent les interprétations diverses. Ainsi, on devra préférer celui qui est le plus raisonnable (*g*), celui qui répond le mieux aux

de l'an 314 : « Placuit, in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æquitatisque [scriptæ], quam stricti juris rationem ; » c'est-à-dire, quand une loi équivoque présente deux sens, l'un conforme à la rigueur du droit, l'autre à l'équité, c'est ce dernier qu'il faut préférer (præcipuam esse rationem). Cette loi semble en opposition avec la L. 1, C. de leg. (I, 14), de l'an 316 : « Inter æquitatem jusque interpositam interpretationem « nobis solis et oportet et licet inspicere. » On a dit que la L. 8, étant antérieure à la L. 1, se trouve abrogée par cette dernière ; supposition fort invraisemblable, car les deux lois ont été rendues sous Constantin, et à deux ans de distance seulement. D'autres, pour concilier ces deux lois, ajoutent, dans la L. 8, le mot *scriptæ* (équité reconnue par la loi); mais cette leçon, quoiqu'elle se trouve dans l'ancienne édition de Chevallon (Paris, 1526, 8), est repoussée par l'ensemble du texte. Doneau (I, 13) enseigne que la L. 8 parle d'une simple restriction, et la L. 1 d'une dérogation complète au droit strict, distinction que les textes ne justifient nullement. La contradiction disparaîtrait, si l'on n'appliquait la L. 1 qu'à la correction de la lettre par l'esprit (§ 37), ce que le juge ne peut faire, en vue de la simple équité. Mais, suivant moi, la L. 1 s'applique, non à l'interprétation, mais au développement du droit (§ 47), et alors la L. 8 n'offre plus aucune contradiction. L'expression *interpretationem* ne présente pas de difficulté.

(*g*) L. 19 de leg. (I, 3) : « In ambigua voce legis ea potius « accipienda est significatio, quæ vitio caret.... »

besoins de la pratique (*h*), celui enfin qui est le plus humain et le plus doux (*i*).

§ XXXVII. *Interprétation des lois défectueuses. Suite.* (Expression impropre).

La seconde espèce de défectuosité tient à l'impropriété des termes. Ainsi, une expression est impropre, quand elle donne un sens clair et déterminé, mais différent de la pensée réelle de

(*h*) L. 67 de R. J. (L. 17) : « Quotiens idem sermo duas « sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quæ rei ge- « rendæ aptior est. » On trouve une application de cette règle dans la L. 3 de const. (I, 4) : « Beneficium Imperatoris, quod « a divina scilicet ejus indulgentia proficiscitur, quam plenis- « sime interpretari debemus. »

(*i*) L. 192, § 1, de R. J. (L. 17) : « In re dubia benignio- « rem interpretationem sequi non minus justum est quam tu- « tius. » L. 56, 168, pr. cod. — L. 18 de leg. (I, 3) : « Beni- « gnius leges interpretandæ sunt, quo voluntas eorum con- « servetur. » Ces derniers mots peuvent signifier : Parce que c'est la prescription générale du législateur ; mais je crois qu'il vaut mieux les entendre ainsi : Tant qu'on ne viole aucune disposition formelle (*quo* pour *quatenus*). — Voici quelques applications de cette règle. Si la loi pénale est douteuse, il faut choisir la peine la plus douce. (L. 42, de pœnis, XLVIII, 19). Dans l'interprétation des testaments, il faut favoriser l'institution d'héritier, jamais l'exhérédation (L. 19, de lib. et posth., XXVIII, 2) — Ainsi donc, cette règle a un autre sens que celle relative à l'équité (note *f*), et on a tort de les identifier.

la loi. En présence de cette contradiction entre les éléments constitutifs de la loi, on se demande lequel doit l'emporter. Or, l'expression n'étant que le moyen et la pensée le but, on doit évidemment s'attacher à la pensée, et y conformer l'expression en la rectifiant (*a*). Cette règle, inattaquable en théorie, peut, dans son application, soulever de graves controverses, car toute la difficulté se réduit à prouver le fait en question.

Cette seconde espèce de défectuosité présente beaucoup moins de variétés que la première, l'expression indéterminée (§ 36). L'expression dit tantôt moins, tantôt plus que la pensée; ce sont là les deux seules différences qui résultent de leur rapport logique. Il s'agit alors de rectifier l'expression, dans le premier cas, par une interprétation *extensive;* dans le second cas, par une interprétation *restrictive* (*b*); et chacune a pour but de mettre en harmonie l'expression et la pensée.

Les procédés à l'aide desquels on corrige une

(*a*) L. 17, de leg. (I, 3): « Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. » L. 6, § 1, de V. S. (L. 16), L. 13, § 2, de excus. (XXVII, 1), L. 19, ad exhib. (X, 4).

(*b*) Les auteurs modernes, adoptant une phraséologie étrangère aux Romains, l'appellent *interpretatio extensiva, restrictiva,* et lui opposent l'*interpretatio declarativa,* qui n'étend ni ne restreint la loi, et s'applique à un tout autre cas (§ 36, *d*).

expression impropre diffèrent beaucoup de ceux employés pour préciser une expression indéterminée. — D'abord on suppose qu'il existe une pensée déterminée sous une expression défectueuse. Ce rapport n'admet pas, comme l'indétermination, de preuves logiques, mais seulement des preuves historiques; sa certitude est donc moins grande, et susceptible de divers degrés. Une autre circonstance augmente encore la difficulté de notre position. L'expression est le signe le plus immédiat et le plus naturel de la pensée, et c'est justement à l'expression que nous refusons d'ajouter foi. — L'expression indéterminée appelle nécessairement le remède de l'interprétation, car, sans elle, il n'y a ni loi ni texte à appliquer. Ici, au contraire, la lettre même de la loi nous donne un sens clair et susceptible d'application. — Enfin, lorsqu'il s'agit d'une expression indéterminée, l'opération qui signale le défaut n'est pas celle qui le corrige. Ici les deux opérations se confondent. En effet, nous jugeons que l'expression est impropre en la comparant à la pensée réelle de la loi, mais si cette pensée nous est connue, le remède est déjà trouvé.

Je vais maintenant passer en revue les trois moyens d'interprétation définis plus haut (§ 35), et montrer comment ils peuvent servir à corriger l'expression impropre d'une loi défectueuse.

L'examen de la législation dans son ensemble

est encore ici le moyen le plus sûr. Le sénatus-consulte qui a spécialement pour objet la *hereditatis petitio* nous fournit un exemple de son application. D'après ce sénatus-consulte, le possesseur de bonne foi, qui a vendu les biens de la succession, doit restituer le prix qu'il en a reçu (*pretia quæ pervenissent*). La généralité de cette expression comprend le cas où le prix de la vente aurait été perdu, car il n'en a pas moins été reçu; mais la suite du texte montre que ce cas est excepté, et dès lors il faut entendre ces mots (*pretia quæ pervenissent*) dans un sens restrictif, le prix reçu et conservé (*c*). — Comme autre exemple, je citerai les lois criminelles. Si, dans sa disposition finale, la loi prononce une peine générale contre un certain délit, après avoir prononcé une autre peine contre un cas particulier du même délit, ce cas particulier est excepté de la disposition générale (*d*).

Le second moyen, qui consiste à rapprocher la pensée et le motif de la loi pour en corriger l'expression, est plus important, mais d'une application plus délicate. Ici surtout on doit prendre en considération la distinction des motifs spéciaux et des motifs généraux (§ 34).

Le motif spécial est très-bien approprié au

(*c*) L. 20, § 6, L. 23, de her. pet. (V, 3).

(*d*) L. 41, de pœnis (XLVIII, 19).

but de l'interprétation, et jamais mieux que là où le sens littéral de la loi se trouverait en contradiction avec lui. Quand, par exemple, une disposition introduite en faveur de certaines personnes vient, dans une de ses applications, à leur porter préjudice, il faut éviter cette contradiction, et corriger la disposition générale par une interprétation restrictive (*e*). Si donc un contrat frauduleux tourne au profit de la partie trompée, le contrat est valide, quoique l'édit frappe de nullité les contrats frauduleux (*f*). Si un mineur engage un procès sans l'assistance de son curateur, et qu'il le gagne, il agit valablement (*g*). De même encore une transaction sur des aliments, non autorisée par le préteur, reçoit son exécution, si la condition du demandeur s'en trouve améliorée (*h*).

Indépendamment de ces contradictions entre la loi et son motif, l'interprétation a encore pour objet de fixer les limites véritables de la loi, limites que son application doit atteindre et ne jamais franchir. Ce cas se présente plus fréquemment, et est aussi plus difficile; il s'agit alors de

(*e*) L. 25, de leg. (I, 3), L. 6, C. eod. (I, 14).

(*f*) L. 7, § 7, de pactis (II, 14), L. 30, C. de transact. (II, 4).

(*g*) L. 2, C. qui legit. pers. (III, 6), L. 14, C. de proc. (II, 13).

(*h*) L. 8, § 6, de transact. (II, 15).

justifier la rectification du texte, en indiquant la cause probable de son impropriété; ainsi le législateur a employé une expression concrète à défaut d'une expression abstraite correspondante, ou pour mieux faire ressortir son idée. Autrement subsisterait toujours le doute de savoir si la pensée qui ressort de notre interprétation est réellement la pensée du législateur, ou celle qu'il aurait dû avoir. Dans ce dernier cas, l'interprétation corrigerait, non l'expression, mais la pensée elle-même, et on verra plus tard (§ 50) que cela est hors de son domaine.

Quelques exemples vont rendre ces principes plus évidents. L'édit déclare infâme la veuve qui se remarie pendant la durée du deuil. Le préteur avait uniquement pour but d'éviter la confusion de part, mais il n'aurait pu exprimer cette idée d'une manière directe et précise, sans entrer dans une foule de prescriptions abstraites, et trancher une question fort délicate, celle de la durée possible de la gestation. Le préteur coupait court à tous ces embarras par une simple règle sur la durée du deuil, règle suffisante pour la plupart des cas. Quelquefois la veuve accouchait peu après la mort de son mari, et comme alors il n'y avait plus d'incertitude sur la paternité des enfants à naître, on permettait le mariage, au moyen d'une interprétation restrictive de l'édit. D'un autre côté, les cas où la veuve ne

portait pas le deuil de son mari échappaient à la règle sur la durée du deuil; alors on défendait le mariage, au moyen d'une interprétation extensive (*i*). — L'*actio ad exhibendum* appartient à quiconque est intéressé à l'exhibition (*cujus interest*), et telle était probablement la disposition textuelle de l'édit. Sa généralité embrasse tous ceux pour lesquels il eût été avantageux de voir une chose, mais comme le préteur voulait évidemment débarrasser les réclamations judiciaires des obstacles accidentels qui auraient pu entraver leur justification, l'interprétation restreignit la règle à l'intérêt d'une demande judiciaire (*k*).—La loi des Douze Tables exige un an pour l'usucapion d'un *fundus*, deux ans pour l'usucapion de toutes les autres choses. Dans quelle classe ranger les bâtiments? Ils n'étaient certainement pas désignés par le mot *fundus*, pris dans son sens littéral. Mais comme l'usucapion s'appliquait à l'universalité des choses, et que les choses, considérées sous ce point de vue, se divisent en deux grandes classes, la loi avait sans doute voulu réunir dans la même disposition tous les immeubles, à cause de la similitude de leur nature, et elle avait employé l'expression concrète de *fundus*, à défaut d'une expression

(*i*) L. 1, L. 11, § 1, 2, 3, de his qui not. (III, 2).
(*k*) L. 19, ad exhib. (X, 4).

abstraite répondant à la généralité de sa pensée. On étendit donc la dénomination de *fundus* à tous les immeubles, par conséquent aux bâtiments, et cette interprétation paraît n'avoir jamais été contestée (*l*). — Quelquefois, il est vrai, le législateur avertit de ne pas considérer les dispositions concrètes de la loi comme l'expression d'une règle abstraite, et alors l'interprétation extensive se trouve formellement prohibée (*m*).

L'argument appelé *argumentum a contrario* est aussi une espèce d'interprétation extensive. En effet, le législateur peut circonscrire sa pensée dans de certaines limites, de manière à impliquer au delà de ces limites une règle tout opposée. Ainsi, quand le préteur introduisait une action avec la formule ordinaire : *intra annum judicium dabo,* cela voulait dire : *post annum non dabo,* et cette conclusion est évidemment une interprétation extensive (*n*). Quand la loi Julia

(*l*) Cicero, top., § 4.

(*m*) Par ex., L. 10, C. de revoc. don. (VIII, 56), et Nov. 115, C. 3 pr.

(*n*) L. 22, de leg. (I, 3) : « Cum lex in præteritum quid indulget, in futurum vetat. » Doneau (I, 14) applique ce texte difficile aux cas semblables à celui dont je m'occupe. Ainsi, *præteritum* et *futurum* ne se rapportent pas à la date de la loi, car elle ne dispose que pour l'avenir, mais à une époque déterminée, fixée par la loi; ici, par exemple, le terme

de vi autorisait le préteur, chargé d'appliquer la loi, à déléguer sa juridiction *si proficiscatur,* cette délégation se trouvait, par la raison inverse, prohibée, hors ce seul cas (*o*). De même encore, toute loi établissant une exception implique l'existence d'une règle sans laquelle l'exception n'aurait pas de sens, et confirme indirectement cette règle. Ainsi, quand la loi Julia *de adulteriis* déclare les femmes condamnées incapables de témoigner en justice, elle reconnaît cette capacité à toutes les autres femmes (*p*).

D'un autre côté, le motif général d'une loi, l'*æquitas,* par exemple, ne saurait servir de base à une interprétation qui signale, dans les termes de la loi, une impropriété susceptible de rectification. L'emploi de ce moyen présente un caractère moins doctrinal que législatif. En effet, nous ne demandons pas ce que la loi renferme, mais ce qu'elle devrait renfermer, si le législateur eût eu une idée claire de son principe et de son objet. La justesse de cette supposition est d'ailleurs fort problématique, en raison de l'intervalle qui sépare la loi de ses motifs géné-

d'une année depuis l'ouverture du droit. Avant l'expiration de l'année, la plainte est permise (in præteritum indulget), et par conséquent interdite après l'année expirée (in futurum vetat).

(*o*) L. 1, pr., de off. ejus cui mand. (I, 21).

(*p*) L. 18, de testibus (XXII, 5).

raux, et le législateur, tout en saisissant le rapport de droit dans la pureté de son ensemble, peut avoir été déterminé, par une foule de raisons intermédiaires, à repousser cette modification que nous jugeons si raisonnable (§ 34). On trouve fréquemment chez les jurisconsultes romains de semblables interprétations, et nous ne devons pas en cela les prendre pour modèles, car on verra bientôt que les Romains ne distinguaient pas nettement l'interprétation et la formation du droit (*q*). Je citerai comme exemple cette règle, que toute loi prohibitive entraîne la nullité de l'acte prohibé (*r*). Adopter cette règle comme règle d'interprétation, serait se mettre en contradiction avec les principes établis précédemment, et donner, d'après des motifs généraux d'utilité et de convenance, une grande extension à l'expression de la simple défense. Mais en fait, c'est une loi toute positive en rapport avec plusieurs textes des sources, prononçant une simple défense. C'est l'interprétation authentique de ces textes, et nullement un principe gé-

(*q*) J'en trouve des exemples dans les textes suivants : L. 40 pr., de her. pet. (V, 3), L. 2, § 1, 3 ad Sc. Vell. (XVI, 1), L. 1, § 6, de ædil. ed. (XXI, 1), L. 15, L. 6, § 2, de j. patr. (XXXVII, 14), L. 2 pr., § 1, de cust. (XLVIII, 3). — Cf. § 47 et 50, in f.

(*r*) L. 5, C. de leg. (I, 14).

néral d'interprétation, que nous devions suivre aujourd'hui.

Quand j'admets les motifs spéciaux comme moyens de rectifier le texte de la loi, et que j'exclus les motifs généraux, on ne doit pas oublier qu'il n'existe entre les uns et les autres aucune ligne de démarcation bien nette (§ 34). La multiplicité des nuances qui les rapprochent rend quelquefois douteuse la légitimité de l'interprétation, et on court risque de modifier le droit en voulant l'interpréter.

Mais il est hors de doute que le troisième moyen d'interprétation, l'appréciation des résultats obtenus (§ 35), ne peut jamais être employé pour juger et rectifier l'expression impropre de la loi. Ce ne serait plus, évidemment, mettre en harmonie l'expression et la pensée, ce serait vouloir corriger la pensée elle-même, travail peut-être fort utile aux progrès du droit, mais qui n'aurait de l'interprétation que le nom.

§ XXXVIII. *Interprétation des lois de Justinien. (Critique.)*

Il s'agit maintenant d'appliquer ces principes généraux d'interprétation à la législation Justinienne qui, présentant des difficultés spéciales, réclamera l'emploi de nouvelles règles. Je suppose l'histoire de cette législation parfaitement

connue du lecteur, et je n'en parlerai que dans ses rapports avec l'objet de l'interprétation (*a*).

L'immense intervalle qui sépare l'interprète de la loi à interpréter forme le trait distinctif de sa position, et donne à l'étude du droit romain son caractère dominant, le caractère scientifique. Dès lors il nous faut renoncer à cette certitude immédiate résultant de la vie commune au sein du peuple où le droit s'est formé, et l'énergie de nos efforts doit, autant que possible, suppléer à cet avantage. Dès lors il ne s'agit plus uniquement d'obtenir, comme résultat de l'interprétation, une règle de droit certaine, il nous faut étudier si bien l'esprit original des sources, nous les approprier d'une manière si complète, qu'elles deviennent pour nous un droit vivant. Cette tâche présente sans doute de grandes difficultés, mais que diminue le grand mérite littéraire des principales sources.

La base de toute interprétation est un texte à interpréter, et la fixation de ce texte s'appelle critique. La critique précède donc nécessairement l'interprétation, et par là j'entends la critique générale; car, dans les applications parti-

(*a*) C'est à dessein que je ne parle pas ici des sources du droit Justinien, de leur origine, de leurs diverses parties, de leur langage, de nos moyens d'interprétation, des manuscrits et des éditions du texte.

culières, la critique est souvent inséparable de l'interprétation. — La critique se divise en deux classes, la critique *diplomatique* (secondaire), et la *haute* critique. L'une fournit l'ensemble des matériaux authentiques, dont l'autre se sert pour établir le sens véritable du texte.

L'objet de la critique, considéré en lui-même, est tout aussi général que l'objet de l'interprétation, et n'a rien de spécial au droit romain. Mais la critique a, pour le droit romain, plus d'importance et de difficulté que pour les autres législations; aussi ai-je différé d'en parler, afin de traiter ici complétement le sujet, et d'éviter les répétitions.

Je commence par le cas le plus simple, celui où le législateur publie lui-même le texte de la loi, avec ordre d'y ajouter foi. En présence de cette publication directe que la découverte de l'imprimerie a rendue possible, et aujourd'hui le cas le plus ordinaire, la critique diplomatique tombe de soi-même; il semblerait, en outre, que si la haute critique cherche à prouver une faute d'impression, elle va contre la volonté du législateur. Mais j'ai montré (§ 37) que l'interprète pouvait réellement corriger le texte par la pensée de la loi, d'après ce principe, que l'esprit est supérieur à la lettre. Or ici le texte imprimé nous apparaît comme inférieur au texte original; il n'est que la lettre de la lettre, et peut être

corrigé comme la lettre elle-même. Au reste, cela se présente fort rarement, et offre peu d'importance pour la théorie générale de la critique (*b*).

Mais nous sommes dans une position bien différente vis-à-vis des sources du droit Justinien. Tout le monde reconnaît que nous ne possédons aucun texte officiel émanant du législateur. Si autrefois à Bologne les glossateurs eussent donné le résultat définitif de leurs travaux critiques, ce serait là une vulgate qui pourrait remplacer le texte officiel, sans néanmoins exclure la haute critique. Mais comme une vulgate définitive, composée dans cet esprit, n'a jamais existé, on n'a pas eu à l'adopter (§ 17).

(*b*) Nous en avons, de nos jours, un exemple remarquable. Un décret du roi de Westphalie, du 18 janvier 1813, ordonne, article 3, que le décimateur d'un immeuble payera le dixième de l'impôt foncier, s'il reçoit le dixième du *revenu net*, sinon, en proportion de ce qu'il reçoit (Bulletin de 1813, N. 3, p. 45). Dans un autre numéro du Bulletin, on voit : Bulletin n. 3 .... *du revenu net*, lisez : *du revenu brut*. Cette rectification, insérée également dans le Moniteur du 3 février, n'était revêtue d'aucune signature ni d'aucun signe d'authenticité, quoique en opposition formelle avec le texte original de la loi. Le résultat pratique de ces deux rédactions est très-différent, et il s'agissait de savoir laquelle on devait suivre. La première rédaction était en harmonie avec le système général sur la levée des impôts, mais d'une exécution difficile. La seconde rédaction avait des caractères tout opposés.

Ainsi, nous possédons seulement un grand nombre de manuscrits plus ou moins anciens et plus ou moins bons. Leur unanimité en faveur d'une leçon ne pourrait suppléer à la promulgation du législateur que par une espèce de fiction. Cette unanimité rend extrêmement probable que nous avons sous les yeux le texte original, mais ne donne aucune certitude. Des auteurs modernes ont craint d'ôter à la pratique toute fixité en ouvrant un champ libre à la critique; aussi l'ont-ils entièrement rejetée, ou renfermée arbitrairement dans d'étroites limites (*c*).

Cette sollicitude, en faveur d'un texte donné, contre toute altération arbitraire, est une vaine sollicitude, car le texte donné n'existe nulle part. Si l'on cherche à déterminer ce qu'ils regardent comme tel, alors commencent les divergences et les incertitudes. Ce serait la vulgate établie par l'école de Bologne, si cette école en eût fait une. L'unanimité des manuscrits aurait un caractère saisissable, quoique nullement hostile aux droits de la critique; mais on n'a pas en vue cette una-

(*c*) Thibaut rejetait entièrement, dans l'application, l'usage de la critique (Versuche, I, N. 16); mais, plus tard, il abandonna cette opinion (Logische Auslegung, § 44). — Feuerbach n'admet la critique conjecturale que si le texte ne présente aucun sens, ou est en contradiction avec lui-même (Civilistische Versuche, Th. I, N. 3). Cette opinion est adoptée par Glück, I, § 35, N. 5.

nimité. En effet, dans les cas douteux on n'a, pour ainsi dire, jamais essayé de la constater; d'ailleurs, si l'on repousse la critique dans la crainte de bouleverser par une recherche plus profonde la jurisprudence des tribunaux, la comparaison des manuscrits aurait précisément ce danger. Si, sous ces différentes formes, le texte donné, le texte infaillible nous échappe, il ne nous reste plus à accepter pour tel que le texte dont on se sert communément, celui consigné dans les éditions les plus répandues, les éditions de Godefroy, par exemple (*d*). Mais une définition aussi vague et aussi arbitraire ne saurait être prise au sérieux.

§ XXXIX. *Interprétation des lois de Justinien. (Critique.) Suite.*

Après avoir établi la légitimité de la critique, il s'agit d'en indiquer les procédés et les règles. — La critique diplomatique s'occupe de rassembler les manuscrits, d'apprécier leurs caractères extérieurs, et de les ranger par ordre de

(*d*) La plupart des adversaires de la critique partagent cette opinion, sans s'en rendre compte à eux-mêmes ou l'exprimer bien clairement; mais elle est nettement professée, au milieu de beaucoup de confusion, dans Dabelow, Handbuch des Pandectenrechts, Th. I, p. 204 (Halle, 1816). Cependant, l'auteur agit tout au contraire et donne à la critique de grandes libertés.

dates et de valeur. Elle doit maintenir l'intégrité du texte reçu, et repousser les éléments étrangers (§ 17) qui, dans la plupart des éditions modernes, peuvent être aisément confondus (*a*). — La haute critique a deux objets : elle met en œuvre et améliore les manuscrits que la critique diplomatique lui fournit comme matériaux. Ainsi, elle s'occupe d'abord d'établir un texte en comparant les manuscrits. Sans doute elle doit tenir compte de leur nombre et de leur valeur, pour apprécier le degré de vraisemblance des diverses leçons ; mais elle est libre d'adopter la leçon qu'elle juge préférable, sans être tenue de s'en rapporter exclusivement à une certaine classe de manuscrits, les manuscrits de la vulgate, par exemple. Cette espèce d'indépendance de la critique a été reconnue, dans des circonstances remarquables, par ceux-là même qui, en théorie, nient sa légitimité. Ainsi, plusieurs fragments du

(*a*) L'application des textes non glosés, et cependant authentiques, est sans doute une erreur ; mais c'en est une plus grande encore de regarder comme partie intégrante du droit romain, les divers sommaires composés depuis le quatorzième siècle et insérés plus tard dans les éditions. Au reste, la méprise s'explique aisément. Les gloses et autres remarques plus modernes sont placées en marge dans les éditions, tandis que ces sommaires se trouvent au milieu de textes, sous forme d'intitulés, ce qui peut tromper un novice. Cf. Savigny, Beruf unserer Zeit, p. 62, et Histoire du droit romain au moyen âge, ch. LIII.

Digeste, mutilés dans le manuscrit de Florence et ne donnant aucun sens, ont été complétés par des textes d'une authenticité évidente empruntés à d'autres manuscrits, et le cas inverse n'est pas moins fréquent (*b*). Je ne connais aucun auteur dont le rigorisme ait repoussé ces deux espèces de rectifications, et pourtant, parmi les restrictions arbitraires énumérées plus haut, l'opinion qui attribuerait au texte de Bologne une autorité exclusive, trouverait dans l'histoire le plus d'apparence de fondement. A la vérité, pour la plupart des éditions que l'on peut consulter, le besoin de ces rectifications ne se fait pas sentir, parce qu'elles y sont déjà faites; preuve évidente qu'à aucune époque il ne s'est formé, sur l'autorité exclusive d'un texte, une opinion unanime semblable à celle qui existe pour tant de règles importantes du droit (§ 20).

Enfin, à cette première fonction de la haute critique appartient la ponctuation, qui, déterminant la division logique d'un texte, semblerait rentrer dans le domaine de l'interprète, si sa

(*b*) Savigny, Histoire du droit romain au moyen âge, vol. III, § 167, 171. Peut-être dira-t-on que ces compléments, tirés du manuscrit de Florence, faisaient déjà partie de la Vulgate. Mais les jurisconsultes de Bologne nous ont laissé à faire bon nombre de rectifications semblables, qui, plus tard, ont été effectuées d'après le manuscrit de Florence, et contre lesquelles on n'a jamais réclamé.

forme n'en faisait pas l'affaire du critique. Chose singulière, plusieurs regardent le changement de la ponctuation ordinaire comme une espèce de correction (*c*). Mais l'existence d'une ponctuation *ordinaire* est tout aussi chimérique que celle d'un texte ordinaire, car les manuscrits ne nous donnent qu'une suite continue de lettres placées à une égale distance, susceptibles de faire des mots et des phrases. Le commencement de ponctuation dont quelques manuscrits nous offrent des traces incertaines, n'est ici d'aucun intérêt.

Je passe à la seconde fonction de la haute critique, celle qui consiste à améliorer le texte, en le rectifiant par des conjectures (*d*). Et voilà surtout ce qui a soulevé tant de réclamations contre l'application de la critique aux sources du droit. Je reconnais que depuis le seizième siècle, plusieurs jurisconsultes, notamment en France et en Hollande, ont singulièrement abusé de la critique conjecturale, et l'ont traitée d'une manière

(*c*) Feuerbach, p. 93.

(*d*) La correction est chose relative, et suppose un texte fautif, qu'il s'agit précisément de rectifier. En ce sens, l'indication des fautes d'impression est déjà une correction; mais ordinairement on réserve cette expression pour les rectifications ayant un caractère scientifique, c'est-à-dire, celles faites à des manuscrits ou à des éditions publiées d'après des manuscrits.

fort légère : je suis loin de les vouloir défendre, mais, malgré ces abus, la critique conjecturale n'en demeure pas moins légitime et nécessaire, et nous devons la maintenir dans l'intégrité de ses droits (*e*).

Cette double application de la haute critique au choix et à la rectification des textes, a une affinité évidente avec l'interprétation des lois défectueuses, par suite de l'indétermination ou de l'impropriété des termes (§ 35, 37). Ainsi, pour reconnaître et établir la véritable leçon d'un texte, nous devons tout d'abord examiner l'enchainement nécessaire de ses diverses parties, non d'après des principes généraux de déduction logique, mais en ayant égard au caractère littéraire individuel du texte, ou à la classe de textes dont il fait partie. Ici les règles pourraient difficilement nous instruire; pour acquérir ce coup d'œil critique, on doit faire une étude constante des sources, et joindre à l'instinct de la vérité une juste défiance de soi-même.

On peut encore rectifier une loi douteuse par sa comparaison avec une autre loi; mais ce rapprochement des textes n'offre de certitude que suivant le degré de relation intime existant entre

(*e*) Ainsi, c'est une restriction illégitime de n'admettre les conjectures que comme dernière ressource, quand le texte ne présente aucun sens, ou renferme une contradiction évidente. Voy. § 38, note *c*.

les deux lois. Une circonstance extérieure vient encore confirmer ce moyen de rectification, si nous parvenons à montrer d'une manière vraisemblable comment le texte original a été défiguré par les copistes ; et d'abord on peut invoquer l'analogie. En effet, il est des erreurs de copistes que leur répétition fréquente et uniforme nous autorise à supposer, par exemple, la confusion de certaines lettres, et la substitution de l'une à l'autre; l'omission d'une lettre que la même lettre précède immédiatement, et qu'il s'agit de rétablir (gémination); enfin des lignes entières omises ou interverties dans le manuscrit original du copiste. Mais cette dernière hypothèse demande déjà plus de circonspection. — Le degré de difficultés que présentent diverses leçons, rend encore vraisemblable l'altération du texte, et permet de croire que le copiste aura modifié l'original faute de le comprendre. — Quelquefois enfin, du temps où vivait le copiste, le droit avait changé, et c'est ce nouveau droit que la copie substitue à l'ancien texte (*f*). — Mais l'on

(*f*) Je citerai, comme exemple, le § 4, J. de nupt. (I, 10) : « Duorum autem fratrum vel sororum liberi, vel fratris et so- « roris, jungi *non* possunt. » Le *non*, qui se trouve dans beaucoup de manuscrits et manque dans plusieurs autres, doit évidemment être rejeté, surtout quand on considère qu'au temps où ont été faits nos manuscrits, tous les copistes savaient que le mariage entre cousins germains était interdit

ne doit jamais supposer, pour rectifier un texte, que les manuscrits originaux renfermaient des abréviations dont le sens aurait échappé aux copistes; car Justinien ayant expressément défendu de s'en servir pour la copie de ses lois (*g*), si quelques abréviations se sont glissées dans les manuscrits, c'est un cas accidentel fort rare, dont l'application à un texte déterminé n'offre jamais de vraisemblance suffisante.

§ XL. *Interprétation des lois de Justinien. Suite.* (*Des lois prises isolément.*)

Les règles de l'interprétation, dans leur application aux lois de Justinien, ne concernent que ses deux recueils principaux : le Digeste et le Code. Chacun de ces recueils forme un vaste ensemble, composé d'une foule de parties historiquement diverses, avec indication de leur origine. Il s'agit maintenant de montrer comment on doit interpréter ces diverses parties considérées isolément, et dans leurs rapports avec l'ensemble.

(par le droit canon). Mais, à la vérité, ces cas sont fort rares. Il semblerait beaucoup plus naturel et beaucoup plus utile de rectifier les textes d'après l'histoire du droit antéjustinien ; mais on verra bientôt que le plus souvent ces rectifications sont inadmissibles.

(*g*) Const. *omnem*, § 8, L. 1, § 13, C. de vet. j. enucl. (I, 17). L. 2, § 22, eod. Const. *Cordi*, § 5.

Pour interpréter un texte en lui-même, il faut apprécier tous ses caractères historiques, c'est-à-dire, ne rien négliger de ce que l'inscription et la souscription nous apprennent, sur sa date, son auteur, son motif même, et sur la nature particulière, souvent très-différente, de l'original auquel il a été emprunté (*a*). Ici nous pouvons nous servir non-seulement de tous les autres textes de la législation Justinienne, mais de toutes les sources du droit, antérieures et postérieures, car, d'après les principes posés (§ 17), on a vu que l'usage scientifique de ces riches et nombreux matériaux ne saurait nous être interdit.

Les parties constitutives de la législation Justinienne peuvent se diviser en deux grandes classes, que sous ce point de vue il importe de bien distinguer. La première et la plus considérable embrasse l'ensemble du Digeste et les rescrits contenus dans le Code; ces textes avaient pour objet principal d'attester le droit alors en vigueur, ce qui leur donne un caractère scien-

(*a*) Cela s'applique surtout au Digeste, dont chaque fragment doit être considéré comme faisant autrefois partie d'un ouvrage scientifique. Il faut en dire autant des différents textes du Code tirés d'une même constitution (*coassatio*). Ce cas se trouve très-fréquemment dans le Code Théodosien, quelquefois aussi dans le Code Justinien. On peut citer, comme ex., la L. 5, C. de act. emti (IV, 49), qui se rattache à la L. 3, C. in quibus causis (II, 41).

tifique, et l'élément systématique de l'interprétation y domine (§ 33). Mais cette définition pourrait donner lieu à une double méprise que je dois signaler. D'abord les rescrits ne se bornent pas toujours à exprimer le droit existant, souvent aussi ils le modifient (§ 24); c'est ce que font également, quoiqu'à un moindre degré, les écrits scientifiques des anciens jurisconsultes (§ 14, 19), et ce caractère ressortira encore mieux quand j'exposerai leur méthode d'interprétation. Ensuite, ce serait une grave erreur de regarder les règles générales de l'interprétation des lois, comme inapplicables à l'ensemble du Digeste et aux rescrits du Code, parce que ces éléments des sources n'avaient pas originairement d'autorité législative; ces règles, par leur essence, s'appliquent à toutes les formes sous lesquelles le droit se produit, bien que j'aie dû en présenter le développement à l'occasion des lois. Aussi, lorsque j'ai voulu faire ressortir les règles de l'interprétation par des exemples, n'ai-je eu aucun égard au caractère primitif des textes. — La seconde classe embrasse ce qui était originairement loi, c'est-à-dire, les édits insérés dans le Code. Si pour la première classe domine l'élément systématique de l'interprétation, ici domine l'élément historique (*b*), et il faut en dire autant des Novelles,

(*b*) Ainsi, par ex., au sujet de la L. un. C. de nudo j. Quir. toll. (VII, 25). La principale question est celle de savoir quel

qui d'ailleurs ne forment pas partie intégrante d'une unité supérieure, mais sont des lois détachées.

§ XLI. *Interprétation des lois de Justinien. Suite.* (*Des lois considérées dans leur rapport avec le recueil où elles se trouvent.*)

Voyons maintenant quelle influence exerce sur l'interprétation d'une loi son rapport avec l'ensemble du recueil où elle figure.

Le moyen d'interprétation qui consiste à examiner une loi défectueuse dans son ensemble (§ 35), prend ici un nouvel aspect et une nouvelle importance, car le Digeste, aussi bien que le Code, n'étant qu'une grande loi de Justinien, ce moyen d'interprétation reçoit une vaste et légitime extension (*a*).

Le titre spécial où un texte est inséré est encore d'un grand secours pour l'interprète. En effet, chaque titre du Digeste et du Code, se distinguant des autres titres par la matière dont il

était, sur ce point, le droit en vigueur au commencement du règne de Justinien, et que cette loi modifie.

(*a*) La comparaison de deux textes du Digeste peut se faire dans deux buts très-différents : dans le but de rectifier une expression vague ou inexacte, c'est celui dont je parle ici, ou dans le but de faire disparaître une antinomie, c'est ce dont je traiterai plus bas.

traite, la spécialité de son objet peut très-bien servir à déterminer le sens d'un texte douteux. On ne doit pas oublier néanmoins que les rédacteurs du droit Justinien, trompés par une apparence extérieure d'analogie, ont parfois inséré un texte dans un titre qui ne lui convient nullement, et alors ce moyen d'interprétation cesse d'être applicable (*b*). Mais, indépendamment de ces cas exceptionnels, ce serait exagérer la règle, que de restreindre chaque texte à l'objet direct de son titre, car souvent les rédacteurs ont eu à la fois en vue un autre objet et même plus important. — On pourrait encore chercher un moyen semblable d'interprétation dans la disposition des fragments de chaque titre, si les rédacteurs eussent suivi un ordre logique. Mais pour le Code ils ont évidemment suivi l'ordre chronologique, et pour le Digeste ils ont adopté un autre ordre tout aussi extérieur, et qui n'admet pas davantage ce moyen d'interprétation. Quelquefois cependant la place qu'occupe un fragment dans un titre est déterminée par l'en-

(*b*) C'est ce que l'on appelle les *leges fugitivæ*. On cite pour exemple la L. 6, de transact. (II, 15), insérée, par erreur, au titre de transactionibus, à cause du seul mot *transigi*, bien qu'elle n'y ait aucun rapport, comme on peut s'en convaincre en la rapprochant de la L. 1, § 1, test. quemadm. aper. (XXIX, 3).

chaînement des idées, et c'est alors un secours que l'interprète ne doit pas négliger (*c*).

Enfin, les changements innombrables que les textes originaux ont subis en passant dans les compilations de Justinien, offrent une grande importance, et sont de trois espèces.

La première et la plus directe consiste en modifications partielles que l'on appelle ordinairement interpolations, ou *emblema Triboniani*. Plusieurs de ces interpolations sont évidentes (*d*); d'autres, et en bien plus grand nombre, sont plus ou moins vraisemblables; d'autres nous sont tout à fait inconnues. Justinien avait permis et même expressément recommandé ces interpolations, dans le but fort raisonnable de changer les parties des anciens textes qui n'étaient plus en harmonie avec la législation nouvelle, et de les approprier ainsi à l'objet de la compi-

(*c*) Bluhme, Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln, Zeitschr. f. Gesch. Rechtsw., vol. IV, p. 290, 366, 414.

(*d*) Ainsi, par ex., l'usucapion des immeubles, jusqu'à Justinien, était de deux ans; il l'étendit à dix, et quelquefois à vingt ans, ce qu'on appelait autrefois *longum tempus*. Voilà pourquoi, dans les textes des anciens jurisconsultes, on a remplacé le plus souvent, bien que sans nécessité, les mots *usucapio* et *usucapere*, par les mots *longi temporis capio* et *longo tempore capere*. Cf. L. 10, § 1, L. 17, L. 26, L. 33, § 3, de usurp. (XLI, 3), et plusieurs textes semblables.

lation (*e*). Aussi est-ce une règle importante de n'employer, pour la critique des textes, les anciennes sources qu'avec la plus grande réserve, et dans les cas seulement où on peut établir qu'aucun changement du droit n'avait donné lieu à une interpolation.

Le caractère général de la compilation donne à certaines expressions un sens différent de celui qu'elles avaient dans les textes originaux: c'est là une seconde espèce de changements moins apparents, car les anciens textes ne subissent alors aucune modification. La matière des servitudes nous en offre un exemple non douteux. D'après l'ancien droit, les servitudes pouvaient s'acquérir par une *in jure cessio;* aussi, les anciens jurisconsultes parlent souvent de la *cessio*, à propos de servitudes. Du temps de Justinien, la *jure cessio* n'existait plus; mais l'expression générique *cessio* pouvait très-bien s'appliquer à un transfert en général indépendamment de sa forme; c'est pourquoi les rédacteurs ont laissé subsister cette expression dans une foule de textes, pensant avec raison qu'elle serait prise dans le sens du nouveau droit (*f*). — Un cas plus ordinaire, et aussi

(*e*) L. 1, § 7, L. 2, § 10, C. de vet. j. enucl. (I, 17), Const. *Hæc quæ necess.*, § 2, Const. *Summa*, § 3, Const. *Cordi*, § 3.

(*f*) Voy. L. 63, de usufructu (VII, 1), L. 20, § 1, de serv. P. U. (VIII, 2), L. 3, § 3, L. 10, L. 11, L. 14, de serv. P. R. (VIII, 3), L. 15, L. 18, Comm. præd. (VIII, 4). Peut-être,

plus important, est celui où la décision d'un ancien jurisconsulte, littéralement reproduite, a, par son insertion dans le recueil, un autre motif et un autre objet, de sorte qu'elle est également juste dans les deux cas, mais à différents titres (*g*).

dans la plupart des textes originaux, lisait-on *in jure* cessio, et les rédacteurs du Digeste auront effacé *in jure*. D'abord, cela rentrait dans la première classe de changements, et ensuite le mot *cessio* avait pris une autre signification. Mais cette supposition n'est pas absolument nécessaire; car si Gaius et Ulpien ajoutent ordinairement les mots *in jure*, ils les omettent quelquefois. Gaius, I, § 168-172, II, § 30, 35, Ulpian., XI, § 7.

(*g*) Ainsi on lit, dans la L. 11, pr. de public. (VI, 2) : « Si « de usufructu agatur tradito, Publiciana datur. » (De même plus loin, au sujet des servitudes rurales.) Voilà sans doute le sens d'Ulpien. Quand un usufruit n'a pas été constitué solennellement (avec l'*in jure cessio*), mais avec tradition, l'usufruitier n'a pas la *confessoria* (*vindicatio ususfructus*), mais la *Publiciana*, pour laquelle il suffit toujours de la tradition. Pour appliquer ce texte au droit Justinien, il faut supposer que l'usufruit a été constitué par un non propriétaire; car c'est en général le seul cas où il puisse être désormais question de la *Publiciana*. — Si la maison de mon voisin menace ruine, et que j'obtienne une *missio*, puis un second décret, j'ai en même temps la *publiciana* et la capacité d'usucaper. L. 5, pr., L. 18, § 15, de damno infecto (XXXIX, 2). Autrefois, cela voulait dire que, par le second décret, le préteur voulait conférer la propriété, mais ne pouvait donner que le domaine bonitaire. D'après le droit Justinien, cela s'applique au cas où le voisin ne peut pas prouver sa propriété.

— L'interprétation fondée sur la présomption d'un semblable changement peut s'appeler *duplex interpretatio*.

La troisième espèce de changements a de l'analogie avec la seconde, mais en diffère néanmoins parce qu'elle ne modifie pas des décisions particulières, mais tient à la nature même de la compilation. Ainsi, les nombreux rescrits insérés dans le Code, nous apparaissent avec un nouveau caractère et la sanction d'une autorité nouvelle. Tout rescrit avait immédiatement force de loi pour le cas particulier où il était rendu, non pour les cas semblables (§ 24); dans le Code, c'est précisément l'inverse. L'espèce qui avait donné lieu au rescrit était un fait accompli depuis longtemps, et Justinien met au rang des lois générales la règle concrète exprimée par le rescrit. L'insertion d'un rescrit dans le Code implique déjà ce changement, car elle ne pouvait avoir d'autre but; mais Justinien a établi en termes formels l'autorité législative des rescrits (*h*).

Nous devons alors tirer de la décision particulière, la règle abstraite, en éliminant la partie concrète, dans une juste mesure, car on peut aisément pécher par excès ou par défaut (*i*).

(*h*) Const. *Hæc quæ necess.*, § 2, Const. *Summa*, § 3.

(*i*) Sous ce rapport, on peut voir comment les jurisconsultes romains considéraient les rescrits, dans la L. 9, § 5,

Quelquefois même on ne saurait déterminer avec certitude ce qui est règle générale, et ce qui tient aux circonstances particulières où le rescrit a été rendu. — Le procédé employé ici diffère essentiellement de l'interprétation extensive d'une loi, tirée de son motif (§ 37). Dans ce dernier cas, on rectifie, en l'élargissant, l'expression défectueuse de la loi; quant aux rescrits, on n'a rien à rectifier, il s'agit uniquement de discerner la règle générale dans son application particulière (*k*). — Pour l'interprétation des rescrits, l'*argumentum a contrario* (§ 37) est plus dangereux que partout ailleurs; car la partie du rescrit où l'on trouve le principe de l'argument, peut tenir à la nature individuelle de l'espèce, et c'est un doute qu'on ne dissipe jamais complétement (*l*).

de j. et f. ignor. (XXII, 6). Ainsi, ils avaient été amenés à regarder, sinon comme des lois, du moins comme une grave autorité (§ 24), les règles contenues dans les rescrits.

(*k*) Ainsi donc, il ne faut pas confondre avec l'interprétation extensive, 1° le procédé dont je parle ici, qui consiste à découvrir dans une décision concrète la règle générale qu'elle contient, d'une manière apparente ou cachée; 2° l'application, aux cas semblables, des règles renfermées dans les rescrits. Cette application, qui suppose l'autorité législative des rescrits, était défendue dans l'ancien droit (§ 24); elle est ordonnée pour les rescrits insérés dans le Code. — Tout cela n'a rien de commun avec l'interprétation extensive.

(*l*) Mühlenbruch, Archiv. f. civil Praxis, II, p. 427.

§ XLII. B. *Interprétation des sources du droit considérées dans leur ensemble.* (*Antinomie.*)

Jusqu'ici j'ai parlé de l'interprétation des lois prises isolément. Mais la réunion des sources (§ 17-21) forme un vaste ensemble destiné à régler tous les faits qui se passent dans le domaine du droit. Considérées sous ce point de vue, elles doivent nous offrir le double caractère d'unité et d'universalité; or, pour saisir ce double caractère, il ne suffit pas d'étudier les lois isolément, il faut embrasser la généralité des sources. — Ici encore, je commencerai par examiner le droit à l'état normal, puis j'indiquerai les moyens que nous avons de remédier à ses défectuosités.

Nous devons commencer par systématiser dans notre esprit l'ensemble total des sources. Ce procédé est identique à celui par lequel nous reconstruisons séparément les rapports de droit et les institutions (§ 4, 5); seulement il travaille sur une plus grande échelle. Le motif fondamental de la loi, que nous avons déjà consulté pour l'interprétation isolée, prend alors une valeur, une importance nouvelle, et la force organique de la science (§ 14) agit ici dans toute son extension. L'ensemble des sources, et particulièrement ce que nous appelons le corps de droit Justinien, peut, sous cet aspect, être regardé comme une

seule loi, et les règles données pour l'interprétation d'une loi considérée en elle-même (§ 35), deviennent jusqu'à un certain point applicables. Le parallélisme des textes a pour cet objet un intérêt spécial, mais la variété et l'étendue des sources rendent ce parallélisme complet difficile à saisir (*a*).

Les défectuosités de cet ensemble, comparées aux défectuosités des lois particulières (§ 35), se rapportent à ces deux caractères essentiels, l'unité et l'universalité. Là où manque l'une ou l'autre, nous avons une contradiction à lever ou une lacune à remplir. Mais, en réalité, ces deux conditions n'ont qu'une seule et même base. C'est toujours l'unité qu'il s'agit de rétablir, négativement en levant les contradictions, positivement en comblant les lacunes.

Les contradictions que présentent les sources dans leurs diverses parties, ont de l'analogie avec l'expression indéterminée d'une loi particulière (§ 35, 36). L'une et l'autre défectuosité se prouve logiquement, doit être nécessairement rectifiée, — non par voie d'argumentation logique —, ici historiquement. Ainsi, l'on doit surtout chercher à concilier les textes, en montrant que

(*a*) La glose fournit une excellente base au recueil des textes parallèles. Pour les premières études, les notes de D. Godefroy, qui, sur ce point, ne sont que des extraits de la glose, ont aussi leur utilité.

la contradiction n'a qu'une apparence de réalité; mais si les textes sont effectivement inconciliables, on doit recourir aux règles suivantes.

La contradiction peut exister entre les diverses sources dont l'ensemble forme le droit commun (§ 17, 20), ou bien entre cet ensemble et les sources qui peuvent s'y ajouter plus tard (§ 21).

Les parties constitutives du droit commun, en Allemagne, sont les lois de Justinien, le droit canon, les lois impériales, le droit coutumier scientifiquement établi, c'est-à-dire, la jurisprudence des tribunaux. S'il existe au sein du droit commun une contradiction insoluble, il est de principe que la source la plus moderne passe avant la plus ancienne. En effet, comme une semblable contradiction tient au développement progressif du droit, toute règle nouvelle emporte avec soi l'annulation de l'ancienne règle. Si donc nous voulons appliquer le droit actuel, ce sont les règles vivantes, non les règles mortes qu'il faut suivre (*b*); d'où résulte encore une restriction naturelle du principe posé plus haut. Ainsi,

(*b*) Ce genre de contradiction n'a rien de défectueux, que si l'on considère l'ancienne loi comme partie intégrante des sources (et nécessairement abolie); le droit encore en vigueur n'a pour cela rien de défectueux. L'établissement d'une semblable contradiction n'implique aucune critique du droit, tandis que l'idée de blâme est inséparable d'une loi particulière défectueuse (§ 35-37).

quand, à côté de l'ancienne règle, il y avait une exception, cette exception, loin d'être abolie avec l'ancienne règle, continue de subsister à côté de la règle nouvelle, tant qu'elle n'est pas spécialement abolie (*c*).

Le principe général s'applique de la manière suivante. La jurisprudence véritable des tribunaux, comme modification plus récente des anciennes sources, se place en première ligne; puis viennent les lois impériales, puis le droit canon, et enfin le droit romain. — Le rang assigné à ces deux derniers demande seul une explication justificative.

La question de savoir si, pour les matières du droit privé, le droit canon l'emporte sur le droit romain, a été longtemps débattue. D'abord il est évident que l'on doit chercher à les concilier. Mais quand la conciliation est impossible, si, par

(*c*) L. 80, de R. J. (L. 17) : « In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est. » L. 41, de pœnis (XLVIII, 19) : « ..... Nec ambigitur, in cætero omni jure speciem generi derogare. » J'ai cité le reste de cette loi § 37, note *d*). L'examen de la loi nouvelle peut seul faire décider si l'abolition s'étend aussi à l'exception.—On ne doit considérer comme limitation des règles générales que les dispositions ayant un caractère exceptionnel, et non les dispositions spéciales qui sortent de l'ancien droit, par voie de conséquence. Voy. Thibaut, Civilist. Abhandlungen, Num. 7, où ce principe est bien exposé.

exemple, le droit canon déroge ouvertement au droit romain, plusieurs auteurs mettent en avant cette doctrine : les deux droits, disent-ils, n'ont d'autorité parmi nous qu'en vertu de leur réception ; or, comme cette réception date de la même époque, ce sont deux droits contemporains, dès lors égaux en puissance, et dont chaque conflit appelle l'intervention spéciale de la jurisprudence (*d*).

Mais, pour les matières du droit privé, le droit canon, par rapport au droit romain, a le caractère de Novelles, surtout les décrétales où le conflit se montre le plus souvent. C'est dans ce rapport que les deux droits ont été adoptés à Bologne, et quand les décrétales parurent d'abord séparément, puis furent réunies en recueils tels que nous les possédons, la réception des deux droits était un fait accompli, et les décrétales furent en réalité autant de lois dérogatrices. A la vérité le droit canon était déjà complet lorsque l'Allemagne l'adopta conjointement avec le droit romain ; mais cette adoption se fit dans le même esprit qu'à Bologne, comme aussi nous n'admettons d'autres sources du droit romain que celles

(*d*) Hübner, Berichtigungen und Zusätze zu Höpfner, p. 14-22. Mühlenbruch, I, § 70. On trouve des vues plus justes dans Böhmer, Jus eccl. prot., Lib. I, tit. 2, § 70-73, qui traite la question fort au long, sans néanmoins arriver à un résultat bien clair. Cf. Hofacker, I, § 53.

reconnues par l'école de Bologne (§ 17). Cette assimilation complète pourrait tout au plus donner lieu à un doute, si le droit canon, reçu comme loi en Italie, ne l'avait pas été en Allemagne. Mais du temps de la réception, le saint-siége et ses lois n'étaient pas moins respectées en Allemagne qu'en Italie; aussi, accepter le droit canon et sa suprématie, ce n'était pas pour elle se soumettre à l'autorité de Bologne, c'était agir d'après les mêmes principes.

De tout cela il résulte que pour les matières du droit privé, le droit canon l'emporte sur le droit romain. Cette règle souffre néanmoins exception s'il existe sur un point une jurisprudence spéciale, ou, dans les pays protestants, si une prescription du droit canon privé est en contradiction avec les doctrines de l'Église protestante. La supériorité reconnue aux lois impériales sur le droit canon peut produire le même effet par une exception du même genre, si les lois impériales condamnent une règle particulière du droit canon, et rétablissent la règle du droit romain (*e*).

(*e*) Ainsi, par exemple, la matière des intérêts, où du moins il est généralement reconnu que les lois impériales ont aboli la défense absolue prononcée par le droit canon, et rétabli la légitimité des intérêts, conformément au droit romain. Mais les questions de détail sont très-controversées.

§ XLIII. *Interprétation des sources du droit considérées dans leur ensemble (antinomie). Suite.*

La contradiction entre les textes mêmes de la législation Justinienne a plus d'importance et présente plus de difficultés. Ces antinomies sont fort nombreuses et elles ont donné lieu, chez les auteurs modernes, aux opinions les plus diverses (*a*).

Il faut d'abord distinguer les Novelles et les trois autres recueils. Les Novelles étaient des lois détachées qui devaient servir à l'amélioration et au développement progressif du droit, et le législateur ne les a jamais réunies en un seul corps. Ainsi, en cas de contradiction, chaque Novelle doit l'emporter non-seulement sur les trois recueils, mais sur les Novelles antérieures (*b*). La

(*a*) On trouve là-dessus de très-bonnes choses dans Thibaut, Civilist. Abhandl., Num. 6, et dans Löhr, Justinians Compilation (Grolman und Löhr Magazin, vol. III, N. 7).— On trouve une liste très-étendue des auteurs dans Haubold, Inst. jur. Rom. hist. dogm., ed. 1826, § 300.

(*b*) Pour cet objet, le tableau chronologique donné par Biener (Geschichte der Novellen, Anhang, N. 4), est très-utile, et même indispensable dans la pratique. Si l'on objecte que les glossateurs n'ont pas connu ce tableau, on répond qu'ils en ont admis le principe, qu'ils l'ont appliqué dans la mesure de leurs connaissances, et qu'ils n'ont pas fixé une

reconnaissance d'une antinomie est ici chose moins délicate, et la tentative de conciliation moins nécessaire que pour les autres sources, car le changement du droit était précisément l'objet des Novelles. — A la vérité, toutes les Novelles ont été adoptées simultanément avec les autres parties du corps de droit, et l'on pourrait croire que cette circonstance, abolissant les différences originaires de dates, détruit leur suprématie (*c*). Mais l'adoption s'est faite dans le sens de Justinien. En acceptant l'héritage de ses lois, nous avons reconnu les degrés d'autorité que lui-même leur avait assignés à la fin de son long règne; et puisque les Novelles avaient alors aboli les dispositions contraires du droit antérieur, peu nous importe que les Novelles aient été adoptées en même temps que ce droit antérieur.

Quant aux trois autres recueils du droit Justinien, il est bon de déterminer le point de vue historique général sous lequel on doit se placer, afin de trouver les règles applicables aux différents

fausse chronologie. Ainsi, pour cela comme pour la critique du texte (§ 17, 38), ils n'ont pas mis obstacle au progrès.

(*c*) Hübner, Berichtigungen und Zusätze zu Höpfner, p. 8-14, prend une peine inutile pour échapper à cette objection. Il finit par adopter le principe que je pose ici, mais il ne l'accepte que comme un pis-aller, point de vue tout à fait faux.

cas d'antinomie. Justinien lui-même considère ses recueils comme une vaste unité, comme un véritable corps de législation exclusive et complète pour traiter les matières du droit (*d*). Ce but devait être atteint par un choix fait dans une immensité de matériaux, et chaque fragment choisi, tout en conservant le signe de son origine, ne devait plus figurer que comme partie intégrante d'une œuvre entièrement nouvelle.

Dans ce nouvel édifice du droit, le Digeste était la pièce principale, la seule ayant un sens par elle-même, et presque suffisante pour la pratique; au Digeste se rattachait tout le reste comme pièces accessoires, comme extraits ou compléments. Il n'y a rien là néanmoins qui établisse la supériorité des textes du Digeste sur ceux des autres recueils.

Les Institutes sont mises tantôt en première ligne, comme l'œuvre de Justinien lui-même,

(*d*) Const. *omnem,* § 7. Const. *Summa,* § 3, L. 2, § 12, 23, C. de vet. j. enucl. (I, 17). — Hüfeland, Geist der R. R., I, p. 143-145, leur refuse ce caractère, à cause des nombreux principes purement scientifiques qu'ils renferment. Mais cette critique ne touche que leur origine et leur forme; car leur autorité législative est trop bien établie par les textes cités, pour qu'on la puisse mettre en question, et c'est là seulement ce dont il s'agit. Sans doute on peut dire que plusieurs textes ne sont pas des lois, mais des matériaux historiques. Je reviendrai bientôt là-dessus.

tantôt en dernière ligne, comme simple extrait du Digeste, mais également à tort. Nous n'avons pas à nous occuper de leur caractère de manuel pour l'enseignement : considérées comme partie intégrante de la législation, les Institutes sont une constitution de Justinien (*e*), ni supérieure, ni inférieure au Digeste et au Code. J'entrerai plus bas dans quelques détails relativement aux conflits.

On a quelquefois prétendu, et avec une apparence de raison, que le Code dont nous nous servons aujourd'hui devait avoir le même genre de suprématie que les Novelles, comme postérieur d'une année aux Institutes et au Digeste, et l'emporter sur eux en cas d'antinomie. Mais cela donnerait un résultat fort bizarre. La première rédaction du Code, qui certainement était, presque en totalité, semblable à celle que nous avons, parut en 529. En 533 parurent les Institutes et le Digeste qui dérogeaient au Code pour tous les textes contradictoires. En 534 parut la seconde rédaction du Code qui, dérogeant elle-même aux Institutes et au Digeste, réhabilitait les textes condamnés l'année précédente ; or, on ne croira jamais que Justinien ait voulu sanctionner une pareille versatilité du droit (*f*). D'ailleurs il ne pouvait son-

(*e*) Proœm. Inst., § 6, L. 2, § 11, C. de vet. j. enucl. (I, 17).

(*f*) Cet argument est invoqué, et avec raison, par Thibaut, p. 83.

ger à toutes ces dérogations, puisque, entre les divers recueils, il n'admettait pas de contradictions, mais l'harmonie la plus parfaite. Le petit nombre de textes du nouveau Code où l'on puisse reconnaître une dérogation, sans admettre cette ridicule versatilité, et sans aller contre la pensée de Justinien, sont ceux publiés entre la promulgation du Digeste (30 décembre 533) et la promulgation du Code (17 décembre 534), c'est-à-dire, en moins d'une année (*g*). Il est hors de doute que ces textes dérogent au Digeste, mais en vertu d'un principe fondamental que je développerai bientôt, ce qui nous dispense de recourir à la date de la promulgation postérieure du Code où ils se trouvent.

Pour résumer brièvement ce qui précède, je dirai : les trois recueils de Justinien forment un ensemble harmonique, quoique publiés à de courts intervalles, et quant à leur interprétation, nous pouvons, sans crainte de nous tromper, les regarder comme promulgués simultanément (*h*).

(*g*) Reland (Fasti, p. 710), compte onze constitutions de ce genre. Plusieurs, relatives à l'Église ou à l'État, ne contredisent pas le Digeste. Il ne reste donc que six constitutions relatives au droit privé qui établissent un droit nouveau; L. 2, C. de jur. propt. cal. (II, 59), L. 29, C. de nupt. (V, 4), L. 31, C. de test. (VI, 23), L. un. C. de cad. toll. (VI, 51), L. 15, C. de leg. her. (VI, 58), L. un. C. de lat. lib. toll. (VII, 6).

(*h*) Lõhr, p. 201.

Il s'agit maintenant de tirer de ce principe fondamental les règles particulières pour la solution des antinomies que ces trois recueils peuvent présenter.

§ XLIV. *Interprétation des sources du droit considérées dans leur ensemble (antinomie). Suite.*

La règle générale posée plus haut (§ 42) de concilier les textes en réduisant l'antinomie à une contradiction apparente, reçoit ici une valeur et une importance nouvelles. En effet, les trois recueils, ne formant qu'un seul tout, doivent naturellement exprimer une pensée uniforme. Puis Justinien affirme positivement qu'ils ne renferment aucune antinomie; que là où nous croyons en trouver une, si nous examinons la chose attentivement (*subtili animo*), nous découvrirons le lien caché qui concilie les textes (*a*). Cet avertissement est grave et a beaucoup de portée, car il nous autorise à employer une méthode de conciliation artificielle, mais non purement arbitraire: car jamais on ne doit inventer des distinctions dont les textes à interpréter ou les autres parties des sources n'offriraient aucunes traces (*b*).

(*a*) L. 2, § 15, L. 3, § 15, C. de vet. j. enucl. (I, 17).

(*b*) L. 2, § 15 cit. « .... sed est aliquid novum inventum

La conciliation peut s'opérer de deux manières, systématiquement et historiquement. Ces deux moyens sont également légitimes, mais on ne doit employer le second que si le premier est impuissant à résoudre la difficulté.

La conciliation systématique s'opère en assignant un objet spécial à chacun des textes contradictoires, et en fixant les limites de leur application. Ainsi nous pouvons diviser le domaine de la règle en deux parties égales, ou bien prendre l'un des textes comme règle et l'autre comme exception. La conciliation systématique s'opère encore en considérant les deux textes comme deux parties d'un seul tout destinées à se compléter mutuellement; ainsi la généralité apparente de l'un se trouve restreinte et précisée par l'autre (*c*).

Quelques exemples rendront ces principes évidents. Plusieurs textes admettent l'usucapion si

« vel occulte positum, quod dissonantiæ querelam dissolvit, « et aliam naturam inducit discordiæ fines effugientem. »

(*c*) Ainsi, la L. 1, § C. de vet. j. enucl. (I, 17), dit que sur les objets déjà réglés par le Code, on ne trouve rien dans le Digeste, « nisi forte vel propter *divisionem*, vel propter *re-* « *pletionem*, vel propter *pleniorem indaginem* hoc contigerit.» Cela peut s'appliquer également à la solution systématique des antinomies. — Justinien lui-même, dans la Nov. 158, nous donne un exemple de la réunion systématique de deux textes du Code.

celui qui possède sans titre croit en avoir un (*d*), et d'autres textes l'interdisent (*e*). Pour concilier ces textes, il suffit de distinguer si celui qui possède sans titre peut ou non prouver une cause d'erreur légitime : l'usucapion est permise dans le premier cas, interdite dans le second (*f*). — De même plusieurs textes déclarent nulle entre époux la vente dont le juste prix a été diminué ou exagéré (*g*); d'autres textes ne prononcent la nullité de l'acte que s'il a pour but unique d'opérer une donation, mais la vente faite indépendamment de ce but reste valable, sauf déduction de la partie du prix constituant une donation (*h*). — Ces interprétations reposent sur un principe vrai, qu'une règle conçue en termes généraux ne rend les exceptions impossibles que si leur exclusion y est expressément prévue. Dans les textes conciliateurs que je viens de citer, les anciens jurisconsultes eux-mêmes nous indiquent cette méthode. — Ici l'on ne doit pas oublier de prendre en considération le caractère spécial des règles et des formules scientifique-

(*d*) L. 3, L. 4, § 2, pro suo (XLI, 10).

(*e*) L. 27, de usurp. (XLI, 3), § 11, J. de usuc. (II, 6).

(*f*) L. 11, pro emt. (XLI, 4), L. 4, pro leg. (XLI, 8), L. 5, § 1, pro suo (XLI, 10).

(*g*) L. 38, de contr. emt. (XVIII, 1), L. 17, pr. ad Sc. Vell. (XVI, 1).

(*h*) L. 5, § 5, L. 32, § 25, 26, de don. int. vir. (XXIV, 1). Voy. plus bas § 154, notes *b*, *c*.

ment établies par les jurisconsultes (§ 14). Si donc l'antinomie existe entre une semblable formule et une règle concrète, la règle concrète devra presque toujours l'emporter. C'est la méthode qu'emploie Africain (note *f*), méthode dont on verra ailleurs une application encore plus frappante. (*Appendice* VIII, n. 8).

La conciliation historique s'opère en prenant l'un des deux textes contradictoires comme la règle vraie et permanente de la législation, l'autre comme simple renseignement historique. Cette méthode a été discréditée par la manière grossière dont plusieurs l'entendent et la mettent en œuvre. Ainsi ils posent l'ordre chronologique pour règle absolue, et regardent chaque texte, soit d'un empereur, soit d'un jurisconsulte, comme dérogeant aux textes plus anciens. Ce procédé facile et commode n'est nullement justifié par le plan général du corps de droit, et pour le Digeste, Justinien dit en termes exprès que chaque texte doit être considéré, comme son ouvrage, comme une loi impériale émanant de son autorité (*i*). — Mais la conciliation histori-

(*i*) L. 1, § 5,6, L. 2, § 10, 20, C. de vet. j. enucl. (I, 17). — La L. 1, § 6, cit., porte : « omnia enim merito nostra facimus ; » les autres passages s'expriment de même. Le premier objet de ces dispositions est sans doute d'abolir la loi de Valentinien III (§ 26), jusqu'alors en vigueur, de sorte qu'un fragment de Julien, inséré dans le Digeste, ait autant

que est parfaitement légitime, si l'on vient à établir avec vraisemblance qu'un texte a été inséré dans un but historique, et alors on lui préfère un texte plus moderne, non à cause de sa date, mais parce que l'ancien texte n'était pas destiné à une application immédiate (*k*). Son insertion pouvait avoir deux motifs. D'abord, les droits acquis à l'époque où le recueil était promulgué continuaient à être régis par l'ancienne législation (*l*); ensuite, et ce motif est pour l'interprétation d'un intérêt beaucoup plus large, souvent le droit ancien est reproduit afin de faire mieux comprendre le droit nouveau, seul susceptible d'application. Alors on suppose que l'ancien texte figure dans le recueil, comme monument historique nécessaire à l'intelligence de la législation moderne.

Plusieurs circonstances viennent confirmer cette supposition. Les recueils étant composés

d'autorité qu'un fragment d'Ulpien. Mais la règle est si générale, qu'elle exclut également toute prédominance d'un texte plus moderne sur un texte plus ancien.

(*k*) Ce point est très-bien traité dans Löhr, p. 180, 189-197.

(*l*) Pour atteindre ce but, il n'était pas nécessaire d'insérer dans le recueil d'anciens textes qui ne devaient plus avoir d'application, puisque les constitutions et les ouvrages des jurisconsultes subsistaient toujours. Mais, en fait, Justinien lui-même nous apprend que quelquefois ils sont mis dans cette intention, Nov. 89, C. 7.

de matériaux historiques successivement amassés pendant plusieurs siècles, il fallait montrer le développement progressif des institutions, ce qui n'eût pas été nécessaire, si le législateur eût fait une œuvre originale. On trouve jointe à chaque fragment l'indication détaillée de son origine; ces indications, conservées soigneusement, ne peuvent avoir d'autre but que de faciliter l'intelligence du droit nouveau par la mention de l'ancien droit. On ne comprendrait nullement les innovations contenues dans une foule de constitutions, si l'on ne connaissait pas l'ancien droit qu'elles modifient. Je citerai enfin la rédaction des Institutes d'où étaient exclues toutes les matières tombées en désuétude (*m*), et qui, néanmoins, contiennent des expositions historiques (*n*) souvent même très-complètes et très-détaillées (*o*). Voici comment la chose s'explique. Les institutions abolies, par exemple la mancipation, la forme rigoureuse du mariage, devaient être écartées; mais pour les institutions conservées, on ne voulait pas oublier leur dé-

(*m*) Procem. Inst., § 3 : « *ut .... nihil inutile*, nihil per- « peram positum, *sed quod in ipsis rerum obtinet argumentis*, « accipiant. »

(*n*) Procem. Inst., § 5 : « In quibus breviter expositum est *et* « *quod antea obtinebat*, et quod postea desuetudine inum- « bratum ab Imperiali remedio illuminatum est. »

(*o*) Par ex., § 4-7, J. de fid. hered. (II, 23).

veloppement historique, afin de les mieux faire comprendre sous leur forme définitive. Cette pensée si naturelle, et que les Institutes manifestent si clairement, pourquoi ne pas l'appliquer au Digeste et au Code, et aux rapports de ces trois recueils entre eux ? Alors tomberaient toutes les objections élevées contre mon hypothèse avec une apparence de fondement. Justinien, dit-on, déclare que chaque texte doit être considéré comme son propre ouvrage (note *i*); mais les uns sont des règles d'une application immédiate, les autres des renseignements historiques. — Les recueils ne devaient rien renfermer qui fût tombé en désuétude (*p*); en parlant des Institutes, j'ai répondu à cet argument. Enfin, les recueils ne devaient renfermer rien de contradictoire (*q*); mais l'insertion de deux textes différents, dont l'un est le commentaire historique de l'autre, n'offre aucune contradiction.

Je crois avoir prouvé suffisamment la légitimité de la conciliation historique; on ne doit néanmoins y recourir que quand la conciliation systématique est impossible (*r*). Cela tient au

(*p*) Const. *Hæc quæ necess.*, § 2, L. 1, § 10, C. de vet. j. enucl. (I, 17).

(*q*) Const. *Hæc quæ necess.*, § 2, Const. *Summa*, § 1, L. 1, § 4, 8, C. de vet. j. enucl. (I, 17). L. 2, pr. § 15, eod. Nov. 158.

(*r*) Justinien lui-même le confirme, par la manière dont il

caractère et au but pratique des recueils de Justinien, dont nous devons supposer toutes les parties destinées à une application immédiate, tant que cette supposition n'est pas détruite par une preuve spéciale. Ici la contradiction des textes est autrement inévitable.

Déterminer les conditions de la conciliation historique est une chose aussi importante que difficile, car on ne trouve que très-rarement une suite de détails historiques, semblable au passage des Institutes que j'ai signalé plus haut (note *o*). Cette conciliation doit presque toujours s'obtenir par un procédé artificiel; or, comment reconnaître avec certitude s'il y a lieu de l'employer? Voici là-dessus une règle bonne à suivre. Si l'on trouve deux textes contradictoires n'appartenant pas à la même époque, la différence de leur contenu peut quelquefois s'expliquer par cette différence de dates; ainsi le droit aura changé dans l'intervalle (*s*), ou bien, et c'est le

s'exprime sur la réunion systématique, qu'il préfère à toute autre méthode, comme la plus régulière et la plus naturelle. L. 2, § 15, C. de vet. j. enucl. (I, 17). Nov. 158.

(*s*) C'est ce qui arrive quand une loi nouvelle a été rendue dans l'intervalle, ou, plus fréquemment encore, quand une règle de droit a reçu un développement scientifique. Ainsi, au sujet du prêt, la règle rigoureuse ne donnait d'abord d'action au prêteur contre l'emprunteur, que si l'argent avait été remis immédiatement. Mais lorsque les moyens

cas le plus ordinaire, le changement même est fait par le dernier texte qui porte alors ce caractère d'innovation. Dans de semblables cas, la conciliation historique est parfaitement à sa place, car on peut soutenir que les rédacteurs des deux textes se seraient accordés, s'ils eussent vécu du même temps. L'ancien texte n'est alors qu'un simple document pour l'interprétation historique du nouveau texte (*t*); et peu importe que

d'acquérir la possession ne furent plus aussi strictement déterminés, cette liberté réagit sur le prêt. Cette réaction n'était pas encore accomplie du temps d'Africain (L. 34, pr. mand. XVII, 1); mais elle l'était du temps d'Ulpien (L. 15, de reb. cr., XII, 1). Le fragment d'Africain n'est donc qu'un document historique servant à montrer le développement progressif de la règle. — On trouvera un cas du même genre dans l'appendice N. X, et un autre § 164 (L. 23, de don. int. vir., XXIV, 1).

(*t*) L'*interdictum de vi* nous en offre un exemple remarquable. Le principe de l'ancien droit, qui n'accorde l'interdit que pour les immeubles, est formellement exprimé au Digeste (L. 1, § 3-8, de vi, XLIII, 16). Le Code et les Institutes l'appliquent aux meubles et aux immeubles. J'admets ici comme prouvé le principe que je pose dans mon Traité de la possession, § 40; car, d'ailleurs, cette question est très-controversée. — Le *castrense peculium* nous en fournit un autre exemple. Si le fils de famille ayant un *castrense peculium* mourait sans en avoir disposé par testament, ce pécule revenait au père, non comme héritage, mais *jure pristino*. Ce principe, posé expressément dans le Digeste, est aussi reproduit dans le Code (L. 1, 2, 9, 19, § 3, de castr.

les rédacteurs l'aient inséré dans cet esprit, ce qu'on ne saurait jamais prouver d'une manière absolue, ou qu'il ait échappé à leur attention. Dans ce dernier cas même, la conciliation est conforme aux vues du législateur, à la nature et à l'objet du recueil (*u*).

D'un autre côté, la conciliation historique ne doit pas être admise dans les cas suivants : d'abord, quand les deux textes, en tant que la chose nous est connue, appartiennent à la même époque : si, par exemple, deux fragments des Pandectes sont du même jurisconsulte, ou de deux jurisconsultes contemporains, car nous avons peu de renseignements sur la chronologie de leurs ouvrages; ensuite, quand deux textes appartiennent à des époques différentes, mais que la contradiction ne tient pas à cette différence de date, et subsisterait également, si leurs auteurs eussent été du même temps. Je citerai comme exemples ces doctrines qui, pendant des siècles, ont divisé les jurisconsultes romains. Si une semblable controverse s'est glissée dans le Digeste, peu importe que l'un des textes soit de

pec., XLIX, 17, L. 5, C. eod., XII, 37). Mais il n'était plus applicable depuis l'introduction des *adventitia;* aussi les Institutes disent, en passant, que ce droit n'appartient au père que si le fils ne laisse ni enfants, ni frères, ni sœurs. Pr. J. quib. non est permissum (II, 12).

(*u*) Löhr, p. 212.

Julien, l'autre de Modestin, car les jurisconsultes contemporains n'étaient pas mieux d'accord. L'ancien texte ne saurait alors être considéré comme monument de l'ancien droit, et son insertion comme faite dans un but historique. La conciliation historique ne saurait donc être admise, car elle ne se fonde pas simplement sur l'ordre chronologique, mais sur l'intention des rédacteurs, prouvée par un changement constaté du droit. La conciliation historique entre deux textes appartenant à des époques différentes est encore inadmissible, si nous ignorons à laquelle des deux classes d'antinomies définies plus haut appartiennent les textes contradictoires, car alors nous n'avons plus le criterium de cette méthode, un but historique évident.

§ XLV. *Interprétation des sources du droit considérées dans leur ensemble* (*antinomie*). *Suite.*

Si nous faisons à chacun des recueils l'application de ces principes, nous voyons que le Code se prête surtout à la conciliation historique. En effet, quand le nouveau texte est un édit, nous avons presque la certitude qu'il avait un changement du droit pour objet, surtout s'il émane de Justinien, et, à plus forte raison encore, s'il est du petit nombre des édits rendus

après la promulgation du Digeste (*a*). Cela s'applique même à la majeure partie des anciens rescrits des empereurs, notamment aux rescrits si nombreux de Dioclétien, où souvent l'innovation est évidente. Cependant, on ne doit pas conclure de là qu'en général le Code l'emporte sur le Digeste, car plusieurs anciens rescrits du Code se trouvent, vis-à-vis certains textes du Digeste, dans un rapport qui, suivant les principes établis précédemment, n'admet pas la conciliation historique (*b*). — Pour les textes du Digeste appartenant à différentes époques, la conciliation historique est rarement applicable, mais non impossible, et j'en ai donné un exemple (*c*). — Enfin, quand les Institutes se trouvent en contradiction avec le Code ou le Digeste, voici des règles que l'on peut ordinairement suivre avec confiance. Quelquefois les compilateurs, dans la précipitation de leur travail, ont, par une erreur évidente, inséré au milieu des Institutes de Gaius un fragment d'un autre jurisconsulte

(*a*) Cf. § 43, note *g*. — Si je reconnais ici l'autorité prédominante de ces textes, ce n'est pas à cause de la promulgation postérieure du nouveau Code, principe que j'ai combattu plus haut.

(*b*) Thibaut, p. 93, et Löhr, p. 213, établissent la prédominance absolue du Code sur le Digeste; c'est à quoi je ne saurais souscrire.

(*c*) § 44, note 5.

sulte (*d*), et alors on doit abandonner les Institutes. Souvent, au contraire, les Institutes expriment la volonté formelle et réfléchie du législateur : leur texte doit être alors considéré

(*d*) J'indique un cas absolument semblable dans l'appendice de ce volume, N. I, mais qui n'a aucun rapport à la pratique du droit. — De même, le § 16, J. de lege aquilia (IV, 3), a été composé d'après deux fragments, l'un de Gaius, III, 219, l'autre d'Ulpien, ad ed., et qui se trouve L. 7, § 7, de dolo (IV, 3); mais la rédaction des Institutes semble dire que dans les cas semblables à celui cité à la fin du paragraphe, l'*actio utilis legis aquiliæ* n'est pas admise, tandis qu'elle est autorisée par la L. 27, § 19, 20, 21, ad leg. aquil. (IX, 2). — Le § 3, J. de emt. (III, 24), dit que le vendeur d'un esclave n'est tenu de le garder que s'il s'y est engagé expressément; et en effet, dans plusieurs autres cas, l'esclave ne doit pas être gardé. L. 5, § 6, 13, commod. (XIII, 6). Le paragraphe des Institutes, après avoir parlé de l'esclave, ajoute : « Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intelligimus. » En ajoutant ces mots à la règle tirée sans doute littéralement des écrits d'un ancien jurisconsulte, les compilateurs donnent à entendre que l'esclave n'y est mentionné qu'accidentellement, et étendent ainsi son autorité pratique. Mais ils n'ont pas réfléchi que le jurisconsulte avait parlé spécialement de l'esclave; car pour les autres choses mobiliaires, le principe contraire est établi, et non sans raison. L. 35, § 4, de contr. emt. (XVIII, 1). L. 3, L. 4, § 1, 2, de peric. (XVIII, 6). — Le § 39, J. de action. (IV, 6), n'admet la compensation que pour « quod invicem « actorem *ex eadem causa* præstare oportet. » Cette décision, contraire à la législation Justinienne, et nommément au § 30, J. eod., était déjà abandonnée du temps de Paul, Paul.,

comme un édit de Justinien, et avoir la prééminence sur les textes contraires (*e*). Mais ce sont là des cas exceptionnels. D'ordinaire, les Institutes et le Digeste se complètent mutuellement, et cela rentre dans la conciliation systématique (§ 44), qui nous dispense de recourir à d'autres voies d'interprétation (*f*).

Mais que doit-on faire si l'antinomie, d'ailleurs incontestable, résiste à toute espèce de conciliation (§ 44)? Il ne nous reste plus qu'à adopter le texte le plus en harmonie avec les principes généraux de la législation Justinienne. Cette règle suppose l'unité organique de la légis-

II, 5, § 3, et ne pouvait plus subsister, depuis que Marc-Aurèle avait appliqué la compensation à l'action résultant de la stipulation (toujours unilatérale), § 30, J. cit. Nous savons maintenant que ces mots ont été empruntés par mégarde à Gaius (IV, § 61), et qu'ainsi, de son temps, cette restriction était encore admise.

(*e*) Thibaut, p 96.

(*f*) En voici quelques exemples. Le § 25, J. de rer. div. (II, 1), et la L. 7, § 7, de ac. rer. dom. (XLI, 1), se complètent mutuellement. Le paragraphe des Institutes est plus complet, à cause de l'addition de la règle sur le mélange des matières appartenant à deux maîtres différents; le paragraphe du Digeste entre dans plus de détails, et s'explique sur le cas où il s'agirait de blé battu. On doit donc réunir les deux textes par la pensée. — De même encore la L. 2, § 6, mand. (XVII, 1), est complétée par la fin du § 6, J. mand. (III, 27).

lation des Romains, unité profondément enracinée dans la nature même du droit positif (§ 5). Ces principes se trouvent confirmés par leur analogie avec le procédé qui rectifie l'expression d'une loi ambiguë (§ 35, 36), procédé dont on n'a jamais nié la légitimité. Là nous hésitons entre deux sens possibles du même mot, ici entre deux monuments opposés de la même législation. Là, pour expliquer l'expression douteuse, nous prenons comme terme de comparaison les autres parties du texte ou d'autres lois; ici, pour déterminer un fait incertain, nous recourons aux monuments certains de la même législation. L'analogie est complète et incontestable.

Voici de simples applications de la règle. Quand, d'un côté, nous avons une décision tout à fait isolée, et, de l'autre, de nombreuses décisions uniformes appartenant à différentes époques, nous devons plutôt chercher le véritable sens de la législation dans cette unanimité de doctrines, que dans le témoignage isolé (g). Il

(g) Telles sont la décision de la L. 5, § 3, de præscr. verb. (XIX, 5), contraire à tant de textes de diverses époques; la décision de la L. 23, de don. int. vir. (XXIV, 1), contredite par plusieurs textes clairs et évidents (§ 164). Cette dernière loi rentre dans le domaine du § 44; car en la comparant aux textes contradictoires, on voit qu'elle a un sens purement historique, et rien ne l'indique, si on l'examine seule.

en est de même si nous avons deux textes contradictoires, dont l'un soit placé au centre même de la matière objet de la difficulté, l'autre dans un endroit éloigné; car les rédacteurs n'ont certainement pas inséré le premier texte sans avoir l'idée claire de son sens et de sa portée, tandis que le second texte, d'où résulte l'antinomie, peut avoir échappé à leur attention, et ainsi le premier exprime la pensée du législateur beaucoup plus sûrement que le second (*h*).

Justinien affirme, il est vrai, que sa législation ne contient pas d'antinomies (§ 44, *a*). Mais que peut cette affirmation en présence d'une antinomie évidente, et du besoin impérieux de la résoudre? On pourrait même douter que cette affirmation soit bien sérieuse. Si le plan de ces recueils n'admettait pas d'antinomies, il n'admettait pas davantage les répétitions ou l'omission d'un texte important de l'ancien droit (*similia et prætermissa*). Sur ces deux derniers points l'empereur lui-même se soumet à la critique, invoquant avec raison pour excuse la faiblesse de l'humanité (*i*). Mais les contradictions sont tout aussi naturelles, tout aussi excusables, et si l'empereur n'en convient pas, ce doit être l'effet d'un hasard.

(*h*) Pour ce motif, on doit préférer le § 3, J. de usufr. (II, 4), à la L. 66, de j. dot. (XXIII, 3).

(*i*) L. 2, § 14, de vet. j. enucl. (I, 17).

Jusqu'ici j'ai considéré l'antinomie dans le sein des sources actuelles du droit (§ 42, *s*, *q*), il faut maintenant l'examiner par rapport aux sources nouvelles, qui peuvent s'ajouter à cet ensemble (§ 21).

Les règles sont, en général, les mêmes que celles déjà exposées. Ainsi il est de principe que la loi nouvelle déroge à la loi ancienne, et c'est ce qui établit la supériorité du droit provincial sur le droit commun. Ici encore se représente la règle que la loi nouvelle n'abolit pas nécessairement les exceptions restrictives de l'ancienne loi. — Mais il est une règle spéciale à cette matière que je dois mentionner. Si la loi nouvelle s'applique à un territoire plus étendu que l'ancienne, et si la loi nouvelle a le caractère d'une loi absolue (§ 16), elle abolit la loi ancienne, autrement celle-ci continue de subsister (*k*). Tel est le sens de ce vieux dicton : La volonté de

(*k*) L. 3, § de sepult. viol. La *lex municipalis* d'une ville permettait d'ensevelir les morts dans l'intérieur des murs. Plus tard, Hadrien rendit une loi générale pour le défendre. On demande laquelle de ces lois doit être appliquée, et l'on répond que c'est la dernière, quoique générale, parce qu'elle est absolue. — C. 1, de const. in VI : « .... Romanus pon« tifex.... quia.... locorum specialium.... consuetudi« nes et statuta.... potest probabiliter ignorare : ipsis.... « per constitutionem a se noviter editam, nisi expresse ca« veatur in ipsa, non intelligitur in aliquo derogare. »

l'homme déroge au droit municipal, le droit municipal au droit provincial, le droit provincial au droit commun (*l*).

§ XLVI. *Interprétation des sources du droit considérées dans leur ensemble* (*lacunes, analogie*).

Si les sources sont insuffisantes pour la solution d'une question de droit, nous devons combler cette lacune, car l'universalité du droit est une condition non moins essentielle que son unité (§ 42); mais la difficulté est de savoir comment nous devons nous y prendre. Quoique, en apparence, les auteurs aient traité ce sujet de bien des manières différentes, leurs doctrines peuvent néanmoins se ramener à deux opinions principales. Les uns pensent qu'il existe un droit universel et normal (le droit naturel), complément subsidiaire de tout droit positif, comme en Allemagne le droit romain par rapport aux différents droits territoriaux. Je n'ai pas besoin de réfuter ici cette application particulière d'une doctrine que j'ai combattue dans son principe (§ 15). — Les autres pensent que le droit positif se complète lui-même, en vertu de sa force organique. D'après la définition que j'ai donnée du droit positif (§ 5), je dois nécessairement

(*l*) Eichhorn, Deutsches Privatrecht, § 30.

admettre la vérité de cette doctrine; c'est précisément celle dont j'ai déjà fait usage pour lever les contradictions et rétablir l'unité du droit (§ 45). Le résultat de ce procédé, par rapport au droit positif, s'appelle analogie (*a*) : c'est donc par voie d'analogie que se comblent les lacunes.

La détermination du droit par analogie est susceptible de deux degrés. D'abord il peut se présenter un rapport de droit entièrement nouveau, jusque-là inconnu, et pour lequel il n'existe dans le droit positif aucune institution typique. Il s'agit alors de créer une institution en harmonie avec le droit existant; ensuite, et c'est le cas le plus ordinaire, dans le domaine des diverses institutions peut se présenter une question de droit nouvelle, et on la résoudra conformément aux principes et à la nature de chaque institution. La juste appréciation des motifs de la loi prend alors une grande importance (§ 34). — Dans ces deux degrés, l'analogie sert d'instrument aux progrès du droit, par exemple, sous la forme législative, et alors elle agit avec plus de liberté; mais elle nous appa-

(*a*) Les Romains employaient cette expression dans le même sens. Varro, De lingua lat., lib. 10 (dans les anciennes éd., lib. 9), C. 3-6, Quinctilian., I, C. 6, Gellius, II, C. 25, Isidor., I, C. 27. — Sur la nature même de l'analogie, on trouve d'excellentes choses dans Sthal, Philosophie des Rechts, II, 1, p. 166.

rait aussi comme méthode d'interprétation pure, et c'est sous cette face que je l'envisage toutes les fois qu'un nouveau rapport de droit ou une question nouvelle se présente devant un tribunal. Je vais maintenant entrer dans quelques détails sur cette application particulière de l'analogie.

La conséquence intérieure du droit est la base de toute analogie; mais ce n'est pas toujours un enchaînement de déductions purement logiques, c'est encore une harmonie organique dont nous avons conscience, quand nous saisissons l'ensemble vivant des rapports de droit et des institutions qui les dominent (§ 4, 5). Nous devons donc toujours partir d'un ensemble donné, afin de trouver dans son développement la solution de la difficulté. Quelquefois la matière donnée est une loi particulière, et alors on dit que la décision se tire *ex argumento legis;* mais ordinairement nous devons la chercher dans des théories du droit formées elles-mêmes par voie d'abstraction. Dans l'un et l'autre cas, ce procédé diffère essentiellement de l'interprétation extensive (§ 37) avec laquelle on le confond souvent. L'interprétation extensive n'a pas pour but de combler une lacune du droit, mais de rectifier une expression impropre par la pensée véritable de la loi. Quand, au contraire, nous employons la méthode analogique, nous supposons

l'absence de toute disposition législative, et nous voulons y suppléer en vertu de l'unité organique du droit. L'interprétation par voie d'analogie cesse d'être applicable, si l'ensemble donné, que nous prenons pour point de départ, présente le caractère d'une exception à la règle. D'abord l'analogie ne saurait être admise, parce que, ordinairement, manque une de ses conditions essentielles, je veux dire, l'absence totale d'une règle. Si, par exemple, une loi est en partie abrogée par une loi nouvelle, tout ce qui n'est pas abrogé continue de subsister (*b*). Vouloir étendre l'abrogation, ce ne serait plus employer l'analogie, car la règle ne nous fait pas défaut, ce serait plutôt essayer une interprétation extensive, mais arbitraire et sans fondement. — De même il n'y a jamais lieu à l'extension analogique des priviléges proprement dits (§ 16), puisque, en pareille matière, la règle ne manque jamais. — De même on ne doit jamais étendre un droit anomal, ou *jus singulare*, au delà de ses limites positives, car là existe une règle que détruirait l'extension. Ce dernier cas étant plus ordinaire et plus important que les autres, mérite un examen approfondi.

En effet, si l'on se servait du droit anomal,

(*b*) On en trouve un exemple dans la L. 32, § 6, C. de appell. (VII, 62). — Cf. Thibaut, logische Auslegung, § 20.

non pour étendre l'exception qu'il consacre, mais pour trancher une question du même genre encore indécise, il y aurait analogie véritable, et le motif de réprobation donné tout à l'heure n'existerait plus. Néanmoins, dans ce cas même, on devrait chercher l'analogie, non dans le *jus singulare,* mais dans les principes du droit normal, car l'interprétation par voie d'analogie repose sur l'enchaînement intérieur et nécessaire du droit; or, les règles anomales transplantées dans le domaine du droit se ressentent de leur origine étrangère (§ 16), et on ne saurait leur attribuer la force organique et créatrice du droit normal.

Les Romains ont des idées fort justes sur l'analogie employée comme complément du droit, mais, dans l'application, ils ne distinguent pas assez nettement la formation du droit de l'interprétation pure : j'indiquerai plus bas les causes de cette confusion. D'après leurs principes, la solution de toute question nouvelle doit aussi se trouver dans les relations et les affinités intimes du droit en vigueur (*c*). Les formes sous les-

(*c*) L. 12, de leg. (I, 3) : « ad similia procedere. » L. 27, eod. « quæ quandoque similes erunt. » L. 32, pr. eod. « quod proximum et consequens ei est. » L. 2, § 18, C. de vet. j. enucl. (I, 17), où l'empereur Hadrien prononce que le complément général de l'édit doit se faire « ad ejus regulas, ejusque conjecturas et imitationes. » — Justinien lui-

quelles s'opère ce développement organique sont les *fictiones* (*d*), et les *utiles actiones*. Ces formes conservent les liens intimes qui rattachent le nouveau droit à l'ancien, et maintiennent l'unité organique de l'ensemble. Un exemple lumineux, où nous voyons ces doctrines réalisées en grand, est la *bonorum possessio*, qui, considérée dans son développement complet, nous apparaît comme une fiction de l'*hereditas* (*e*). — Les anciens jurisconsultes condamnent en termes formels la méthode d'analogie étendue à un *jus singulare* (*f*), et ce principe trouve son application dans plusieurs textes remarquables. Celui qui achète une chose à un aliéné, dont il ignore l'état mental, a l'usucapion de cette chose en vertu d'un *jus singulare*, mais la validité de la vente ne s'étend pas plus loin (*g*). Celui qui

même, en parlant, § 16, de ce qui aurait été *prætermissum* (des fragments d'anciens jurisconsultes), ne parle pas de ce cas, et il le renvoie au § 18, parmi les nouvelles *negotia*. On verra plus bas quelle est sa décision.

(*d*) Cf. Gaius, IV, § 10, § 33-38.

(*e*) Ulpian., XXVIII, § 12, L. 2, de B P. (XXXVII, 1), L. 117, de R. J. (L, 17).

(*f*) L. 14, de leg. (I, 3) : « Quod vero contra rationem « juris receptum est, non est producendum ad consequen- « tias. » (Reproduite L. 141, pr. de R. J.) L. 162, de R. J. (L. 17) : « Quæ propter necessitatem recepta sunt, non de- « bent in argumentum trahi. »

(*g*) L. 2, § 16, pro emtore (XLI, 4).

donne en gage une chose dont il avait commencé l'usucapion, continue cette usucapion d'une manière anomale; mais là finit son privilége, tous les avantages légaux de la possession appartiennent au créancier (*h*). Lorsque, au contraire, on voit un principe anomal étendu par voie d'analogie, cela tient à la confusion que font les jurisconsultes entre l'interprétation pure et la formation du droit, confusion que je vais expliquer tout à l'heure.

§ XLVII. *Principes du droit romain sur l'interprétation.*

En reconnaissant l'autorité de l'interprétation authentique (*a*) et de l'interprétation usuelle (*b*), le droit romain n'établit pas de règle particulière, il tire simplement la conséquence d'un fait notoire, c'est que la loi et la coutume sont au nombre des sources du droit. Mais il s'agit de savoir quelle place il accorde à l'interprétation dite doctrinale (§ 32), la seule interprétation véritable, et la reconnaissance de l'interprétation

(*h*) L. 16, de usurp. (XLI, 3), L. 36, de adq. poss. (XLI, 2). On trouve des décisions du même genre, L. 23, § 1, L. 44, § 1, de adq. poss. (XLI, 2), L. 43, § 3, de fid. lib. (XL, 5).

(*a*) L. 12, § 1, C. de leg. (I, 14).

(*b*) L. 23, 37, 38, de leg. (I, 3).

authentique et usuelle ne nous apprend rien sur ce point.

Dans mon exposé général de doctrines, j'ai déjà cité les règles d'interprétation pure que renferme le Digeste, en tant qu'elles pouvaient se servir de commentaires et de compléments mutuels. Ces règles sont excellentes en elles-mêmes, et telles qu'on devait les attendre de leurs auteurs; mais elles sont insuffisantes, surtout pour l'interprétation des recueils du droit Justinien, et ce cas ne pouvait entrer dans les prévisions des anciens jurisconsultes.

Si l'on examine l'usage que les jurisconsultes romains font de leurs propres règles, la pratique n'est pas toujours d'accord avec la théorie. Souvent ils dépassent les bornes de l'interprétation véritable, et entrent dans le domaine de la formation du droit. Ainsi leurs interprétations extensives tirées du motif de la loi corrigent, non l'expression, mais la loi elle-même, et deviennent des innovations réelles; ainsi encore ils appliquent le principe d'analogie à plus d'un *jus singulare*, bien que cela soit en opposition directe (*c*) avec leurs doctrines (§ 46). Cette

(*c*) Ainsi, ils étendaient au fiancé la défense de l'aliénation du *fundus dotalis*, L. 4, de fundo dotali (XXIII, 5); — à tous les citoyens romains qui se trouvaient en pays ennemi, les formes plus libres des testaments militaires. L. un., de B. P. ex test. mil. (XXXVII, 13); — à la femme, les règles de

contradiction s'explique par la position des anciens jurisconsultes, qui avaient entre leurs mains le développement du droit, d'une manière bien plus directe que les jurisconsultes modernes (§ 19). Aussi le mot *interpretatio* ne désigne pas simplement l'interprétation pure, mais la doctrine, les traditions, c'est-à-dire, toutes les formes du droit scientifique (§ 14, 19, 20), avec la liberté d'action et le degré d'autorité que la science avait dans l'ancienne Rome (*d*). Peut-être les anciens jurisconsultes comprenaient-ils eux-mêmes que leurs fonctions n'étaient pas déterminées bien nettement, et pouvaient usurper les droits du préteur ou de l'empereur; c'est du moins ce qu'ils semblent reconnaître lorsque, plus d'une fois, ils laissent indécise la question de savoir si une innovation doit se faire immédiatement par eux, ou avec l'intervention de l'autorité prétorienne ou impériale (*e*).

Les anciens jurisconsultes, comparés aux ju-

compétence concernant le mari. L. 20, de re jud. (XLII, 1). — Dans les trois cas qui précèdent, c'est un *jus singulare* qui reçoit de l'extension.

(*d*) Sur ce sens du mot *interpretatio*, cf. L. 2, § 5, de O. J. (I, 2), Hugo, Rechtsgeschichte, p. 441, 11[e] éd. Puchta, Gewohnheitsrecht, p. 16 sq.

(*e*) L. 11, de leg. (I, 3) : « *aut* interpretatione, *aut* constitutione optimi principis.... » L. 13. eod. « *vel* interpretatione, *vel certe* jurisdictione suppleri. »

risconsultes modernes, avaient non-seulement plus d'indépendance, ils avaient aussi des moyens plus larges d'interprétation. Voisins de l'origine des sources, ils pouvaient savoir directement comment devaient s'entendre une foule d'expressions peu précises en elles-mêmes, et le sens qu'y attachaient leurs auteurs (*f*). — Sous tous ces rapports notre position est bien différente de la leur, surtout quand il s'agit d'interpréter, non le droit national, mais la législation Justinienne dont nous sommes séparés par un intervalle si immense. Pour nous les difficultés sont bien autrement grandes ; mais ici comme ailleurs les efforts qu'elles exigeaient n'ont pas été infructueux. La nature et les limites de l'interprétation véritable sont mieux connues aujourd'hui que chez les Romains à qui cette connaissance était moins nécessaire.

Sous les empereurs, les choses changèrent insensiblement de face, et le changement est

(*f*) Ainsi, par exemple, le préteur avait promis un interdit dans le cas d'une « *operis* novi nunliatio. » (L. 20, pr. de O. N. N. XXXIX, 1). Cet interdit n'avait lieu que pour un changement fait au sol, et même au sol d'un bâtiment (L. 1, § 11, 12, eod.). — Ailleurs, l'édit portait : « quod vi aut « clam *factum est* » (L. 1, pr. quod vi XLIII, 24). Cet interdit ne s'appliquait également qu'à un « opus in solo ; » mais au lieu d'être restreint aux bâtiments, il comprenait les champs cultivés, les arbres, etc. (L. 7, § 5, eod.). Ces restrictions et

surtout visible à partir de la moitié du troisième siècle de l'ère chrétienne. Le droit cessa de se développer par les édits des magistrats, et la position indépendante des jurisconsultes eût été incompatible avec les accroissements de l'autorité impériale. D'ailleurs la science du droit, déposée dans les écrits des anciens jurisconsultes, n'avait presque plus de représentants vivants. L'interprétation ne pouvait tomber qu'entre les mains des juges, et nous n'avons pas lieu d'être surpris en voyant leur autorité sur ce point limitée par des prescriptions toutes nouvelles et arbitraires. Justinien compléta ces prescriptions, mais leur origine est beaucoup plus ancienne

Ainsi Constantin ordonne (*g*): *Inter æquitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere*. C'est-à-dire, quand la rigueur du droit a besoin d'être mitigée par l'*æquitas*, cette interprétation n'appartient qu'à l'empereur. Ici il n'est évidemment pas question de l'interprétation pure, mais d'une modification de la loi, d'une conquête de l'*æquitas* sur le domaine du droit strict jusque-là en

ces distinctions n'étaient pas nominales, et encore bien moins arbitraires; elles étaient fondées sur une tradition établie d'après les cas et les besoins auxquels l'édit devait pourvoir

(*g*) L. 1, C. de leg. (I, 14), ou L. 3, C. Th. de div. rescr. (I, 2), texte nouvellement découvert. — Cf. § 36, note *f*.

vigueur. Ce pouvoir que le préteur exerçait légalement par son édit, et que souvent les jurisconsultes s'attribuaient de fait, est dès lors exclusivement réservé à l'empereur, changement très-bien approprié à la constitution nouvelle de l'État. — Un décret de Valentinien et de Martien porte que l'empereur explique les obscurités et adoucit la rigueur des lois. Mais d'abord le décret n'attribue pas ce pouvoir à l'empereur, d'une manière exclusive, peut-être ne fait-il que recommander l'usage depuis longtemps établi des consultations adressées à l'empereur, et d'ailleurs sa rédaction semble se rapporter aux adoucissements de la loi, qui sont moins des interprétations que des innovations réelles (*h*). — Enfin, une constitution renvoie à l'empereur tous les cas où le droit coutumier n'est pas encore bien établi (*i*), mais son texte ne précise pas s'il s'agit d'une interprétation fondée sur la coutume, ou d'un droit coutumier proprement dit.

Les constitutions de Justinien lui-même sur cette matière sont beaucoup plus complètes et

(*h*) L. 9, C. de leg. (I, 14) : « .... Si quid vero in iisdem « legibus... obscurius fuerit, oportet id Imperatoria inter- « pretatione patefieri, duritiamque legum nostræ humanitati « incongruam emendari. » C'est à peu près le commencement de la Nov. Martiani, 4, sauf les derniers mots, à partir de *duritiamque*.

(*i*) L. 11, C. de leg. (I, 14), de Leo et Zeno.

beaucoup plus impératives. La première est de l'an 529, peu après la promulgation de l'ancien Code (*k*). Voici en peu de mots le résumé de sa pensée : « Les anciennes lois (*l*) se demandent si l'interprétation des lois émanant de l'empereur a force obligatoire. Ce doute sophistique, tout à fait ridicule, est dissipé par la présente constitution. A force obligatoire, toute interprétation émanée de l'empereur, soit dans un rescrit (*sive in precibus*), soit dans un jugement (*sive in judiciis*) (*m*), soit sous toute autre forme (par exemple, l'interprétation authentique consignée dans une loi). D'après la constitution nouvelle de l'empire, l'empereur faisant seul les lois, doit seul les interpréter. Pourquoi tous les magistrats s'adresseraient-ils à l'empereur pour

(*k*) L. 12, § 1, C. de leg. (I, 14).

(*l*) « In veteribus legibus invenimus dubitatum. » Ces mots ne peuvent désigner que des textes d'anciens jurisconsultes, peut-être écrits sous les premiers empereurs, quand l'autorité législative des rescrits n'était pas encore bien établie, c'est-à-dire, antérieurement à Gaius.

(*m*) Ces mots peuvent recevoir une double interprétation. *Preces* peut s'appliquer à tous les rescrits, *judicia*, aux décrets, et les autres espèces seraient les édits et les mandats. Mais on peut aussi appliquer *preces* aux rescrits privés, et alors les *judicia* comprendraient les décrets et les rescrits; mais la première interprétation me semble plus simple et plus naturelle. D'ailleurs, le *principium* de la loi ne parle que des décrets, et les fait ainsi ressortir.

connaître le sens des lois douteuses, si l'empereur n'était pas seul habile à les interpréter (*n*)? Qui peut d'ailleurs éclaircir les obscurités de la loi, sinon celui qui la fait? Que tous les doutes ridicules soient donc dissipés à l'avenir. L'empereur est l'unique législateur et l'unique interprète. Néanmoins, la constitution ne porte aucune atteinte à l'autorité des anciens jurisconsultes, établie par les empereurs (*o*). »

Cette constitution renferme deux dispositions entièrement distinctes. La première est la force obligatoire attribuée aux interprétations impériales, quelle qu'en soit la forme; la seconde est la défense de toute interprétation privée: cette seconde disposition est la seule nouvelle, et la plus importante; néanmoins la première a besoin de quelques explications. Justinien ne veut évidemment introduire aucun droit nouveau, mais confirmer et mettre hors de doute ce qui d'ailleurs s'entendait de soi-même. Aussi ne parle-t-il pas des effets de l'interprétation impériale, il renvoie là-dessus aux usages établis. En conséquence, l'interprétation contenue dans un édit

(*n*) « Si non a nobis interpretatio mera procedit? »

(*o*) C'est-à-dire que les interprétations contenues dans les écrits de Papinien, etc., continuent à avoir l'autorité législative qui leur est attribuée par l'ordonnance de Valentinien III. En effet, cette ordonnance ne fut abolie que quatre ans plus tard, lors de la promulgation du Digeste.

était obligatoire pour tous, de même que les lois; celle contenue dans un décret, si le jugement était définitif, était également obligatoire pour tous et applicable à tous les cas semblables, comme le dit le *principium* du texte; enfin, l'interprétation contenue dans un jugement interlocutoire, ou dans un rescrit, qui jamais n'était publié, n'avait force de loi que pour l'espèce où elle était donnée. La constitution de Justinien n'attribue nullement force de loi générale aux rescrits interprétatifs (§ 24), comme le *principium* le fait pour les décrets contenant jugement définitif, et si l'on compare ces deux parties du texte, la différence de leur rédaction ne laisse aucun doute sur la différence de la décision et sur ses motifs.

La seconde prescription de Justinien relative à l'interprétation, se trouve dans l'acte de promulgation du Digeste de l'an 533, c'est-à-dire, dans la L. 2, § 21, C. de vet. jure enucl. (I. 17); elle se rattache à la défense de toute composition littéraire (§ 26), et la complète en ces termes: « Les livres et surtout les commentaires sur les lois sont interdits. S'il y a doute sur le sens d'une loi (*p*), les juges doivent le soumettre à la

(*p*) « Si quid vero.... *ambiguum* fuerit visum, etc. » Cela ne s'applique pas seulement aux expressions douteuses d'une loi; car, au point de vue où Justinien était placé, cela n'avait

décision de l'empereur, qui est le seul législateur et le seul interprète légitime (*q*).

§ XLVIII. *Principes du droit romain sur l'interprétation (suite).*

Ces deux lois s'expriment si crûment, qu'on serait tenté de ne pas les prendre au pied de la lettre. Mais il n'y a pas de doute possible en présence de cette déclaration si souvent répétée, que l'interprétation des lois appartient exclusivement à l'empereur, surtout en présence du parallèle constamment reproduit entre la législation et l'interprétation. Leur identité une fois établie, l'empereur étant incontestablement le seul législateur, devait être le seul interprète. C'était d'ailleurs la conséquence toute naturelle de l'interdiction de la science à l'avenir (§ 26). Cette interdiction n'eût pas été inconciliable avec l'interprétation libre du juge; mais Justinien ne l'entendait pas ainsi, car sa seconde ordonnance impose aux juges l'obligation absolue de recourir à l'empereur toutes les fois qu'ils ont un doute sur le sens de la loi, et ici encore, Justinien était d'acord avec lui-même:

pas pour lui d'importance particulière; mais aux difficultés de tous genres qui peuvent rendre l'interprétation nécessaire. Tel est également le sens de « omnes *ambiguitates judicum* », dans la L. 12, § 1, cit.

(*q*) « Cui soli concessum est leges *et condere et interpretari.* »

quiconque entrait en contact avec le droit, professeur ou juge, devait abdiquer la liberté de son intelligence, et se borner à des opérations purement mécaniques : toutes les prescriptions de l'empereur se tiennent et sont évidemment dictées par le même esprit.

Peut-être trouvera-t-on contradictoire que Justinien ordonne de concilier les textes *subtili animo* (§ 44); mais ici il enjoint de chercher dans la loi le mot caché qui explique la différence des cas: ce n'est donc pas une interprétation intelligente qu'il recommande, c'est encore un travail mécanique. Peut-être se demandera-t-on pourquoi le Digeste contient tant de règles d'interprétation qui supposent l'indépendance de l'interprète, si le juge ne devait pas s'en servir. Mais le Digeste contient aussi des règles sur la rédaction des lois (*a*), et l'on ne croira pas que Justinien ait voulu faire participer ses sujets au pouvoir législatif. Ces règles montraient les principes suivis par l'empereur dans la confection et l'interprétation des lois; elles servaient de guide à ceux qu'il chargeait de ce travail, et il n'y a dans tout cela rien de contradictoire.

Les auteurs modernes se sont efforcés d'adoucir les prescriptions de Justinien. Ainsi, ils ont dit que l'empereur autorisait l'interprétation véri-

(*a*) L. 3-8, de leg. (I, 3), L. 2, de const. princ. (I, 4).

table fondée sur les règles de l'exégèse, et que l'interprétation impériale était réservée en désespoir de cause pour ces lois inintelligibles dont l'exégèse ne peut tirer aucun parti (*b*). D'abord, je ne pense pas qu'il y ait en cette matière de cas tout à fait désespérés, mais un semblable langage se comprendrait difficilement dans la bouche de Justinien. Plein de confiance en lui-même et sur des destinées brillantes réservées à son œuvre, il affirme hautement que sa législation n'a pas d'antinomies, genre d'imperfection qui pouvait aisément échapper à l'attention la plus scrupuleuse; et lui-même aurait reconnu que ces recueils si achevés renfermaient des lois entièrement inintelligibles, c'est-à-dire, des lois détestables ! Ces cas lui auraient paru assez nombreux et assez importants pour nécessiter deux lois à quatre années de distance! Toutes les considérations générales repoussent ce système, et

(*b*) Thibaut, Logische Auslegung, p. 25, 47, 112. Hüfeland, Geist des Römischen Recht, I, p. 121. Mühlenbruch, I, § 45. — Hüfeland ajoute que cette interprétation ne s'applique qu'à la L. 2, § 21, cit. Au sujet de la L. 12, § 1, cit., il dit, p. 46-51, que la défense est seulement pour le cas où l'empereur a déjà interprété lui-même. Cette restriction, dont la loi n'offre pas la moindre trace, est réfutée par l'argumentation même de Justinien : « A quoi bon consulter, si « l'empereur seul ne devait pas interpréter? » L'empereur n'avait donc pas encore interprété au moment où on le consultait.

les arguments spéciaux sur lesquels on l'appuie sont d'une extrême faiblesse.

Ces mots de la L. 9, C. de leg. : « Si quid..... *obscurius* fuerit, » s'appliquent, dit-on, à une obscurité impénétrable. Mais, d'abord ces mots ne se trouvent pas dans une des deux ordonnances de Justinien, les seules qu'il s'agisse ici d'expliquer; ensuite, le comparatif *obscurius*, pris d'une manière absolue, atténue la force de l'expression et veut dire : un peu obscur, pas tout à fait clair. — La première ordonnance de Justinien porte que l'empereur doit « legum ænigmata solvere, » c'est-à-dire, expliquer les textes inexplicables. Mais le mot énigme présente si peu l'idée d'une difficulté insoluble, que les énigmes sont ordinairement faites pour être devinées, et d'autres textes de Justinien nous montrent que, dans son style un peu emphatique, *ænigma* désigne une difficulté en général, non une difficulté insurmontable (*c*). Ainsi tombent les arguments

(*c*) Dans la L. un. C. de nudo j. quir. (VII, 25), on lit : « nec *jure Quiritium* nomen quod nihil ab ænigmate discre- « pat. » Nous connaissons le sens de ces expressions techniques par Ulpien, et beaucoup mieux depuis la découverte de Gaius. Du temps de Justinien, où l'on avait tant d'*institutiones* complètes, etc., la difficulté devait être encore bien moindre. — De même, la L. 1, § 13, C. de vet. j. enucl. (I, 17), interdit *siglorum compendiosa ænigmata*. Cependant, on pouvait apprendre de tous les copistes la signification des

allégués en faveur du système que je combats, et l'auteur célèbre qui l'adopte n'a dû y recourir que comme à un remède extrême, pour un cas de nécessité absolue. Dans le paragraphe suivant j'examinerai cette nécessité et les moyens de s'y soustraire.

Le sens des prescriptions de Justinien une fois établi, il me reste à parler de leur application réelle et de leurs résultats pratiques. Toute incertitude sur le sens d'une loi devait être évidemment déférée à l'empereur qui répondait, non par une interprétation authentique consignée dans un édit, mais par des rescrits n'ayant force obligatoire que pour le cas spécial où ils étaient rendus. Cet état de choses paraît s'être maintenu constamment, car huit ans après la promulgation du Digeste, lorsque la Novelle 113 défendit les rescrits privés (§ 24), Justinien dit expressément que les consultations et les rescrits sur l'interprétation des lois continueront comme par le passé. Plus tard, en 544, la Novelle 125 interdit les consultations (§ 24), sans ajouter, il est vrai, la restriction de la Novelle 113 ; mais cette res-

sigles, et il y avait alors des ouvrages où les sigles étaient expliqués, notamment celui de Valérius Probus. — Dans ces deux textes, le mot *ænigma* ne désigne donc pas une chose inaccessible à l'intelligence, mais une chose qu'il faut apprendre, et qu'on ne peut connaître par la pratique journalière, mais au prix d'un certain effort.

triction s'entendait de soi-même, car on ne croira jamais que Justinien, après avoir solennellement et à diverses reprises proscrit l'interprétation privée, l'ait rétablie d'une manière indirecte et cachée. La Novelle 125 ne parle sans doute que des consultations qui enlevaient l'affaire à la juridiction ordinaire, pour la soumettre à l'empereur lui-même alors constitué juge, comme de nos jours les facultés de droit en Allemagne, mais cela ne touchait nullement les demandes d'interprétation.

Si, sur ce point, la législation n'est pas douteuse, son application offre des difficultés. En effet, les demandes d'interprétation auraient dû être assez multipliées pour rendre à l'empereur toute autre affaire impossible. Si, dans les temps modernes, un juge médiocrement instruit se tire assez bien de la législation Justinienne, cela ne doit pas nous faire illusion. Dans les temps modernes, le juge peut toujours recourir aux cahiers d'un cours, ou à un manuel élémentaire qui résume, sous la forme la plus commode, les travaux et les traditions de sept siècles. Mais que l'on écarte ces travaux et ces traditions, et que l'on se figure en présence du corps de droit, et réduit à ses propres forces, un juge ignorant, comme chaque juge devait l'être, réduit à la science du droit telle que Justinien l'avait faite. Ce juge, s'il était consciencieux, devait toujours recourir au légis-

lateur qui, dans un grand État, eût succombé au seul travail nécessaire pour tenir au courant l'administration de la justice. Néanmoins, les prescriptions de Justinien sur l'interprétation des lois n'eurent pas ce résultat; l'empereur, averti par l'expérience, ne les eût pas renouvelées (*d*) huit ans après la promulgation du Digeste. Pour comprendre un fait aussi extraordinaire, on doit songer que des causes d'une nature toute contraire produisent souvent les mêmes effets. Un juge savant et habile à qui l'interprétation est permise, n'éprouve pas même le besoin de consulter le législateur. Les juges à qui Justinien défendait l'interprétation, avaient, pour sortir d'embarras, l'apathie et l'arbitraire, et n'adressaient pas à l'empereur plus de demandes d'interprétation qu'il n'en pouvait expédier.

§ XLIX. *Valeur pratique des principes du droit romain sur l'interprétation.*

Après avoir exposé les règles du droit romain sur l'interprétation (§ 47, 48), il faut examiner l'autorité de ces règles dans les pays régis par le droit romain. Cette question a de l'analogie avec celle traitée plus haut relativement aux sources (§ 27), mais elles ne sont pas identiques. Là, il

(*d*) Nov. 113, C. 1, pr. de l'an 541.

s'agissait de la formation du droit, ce qui rentre dans le droit public, ici il s'agit de l'application du droit dans ses rapports avec les citoyens; or, pourquoi le droit romain ne réglerait-il pas cette matière comme toutes celles du droit privé?

D'abord, il faudrait nécessairement exclure une constitution de Justinien, la L. 3, C. de vet. jure enucleando, comme texte restitué (§ 17), exclusion sans importance, puisque ce texte est la traduction grecque de celui qui précède (L. 2, cod.) et ne contient aucune disposition nouvelle.

Une partie des textes que l'on a coutume de ranger dans cette classe doivent évidemment être admis, ceux où Justinien s'explique sur le caractère de ses recueils et sur la nature de leurs éléments constitutifs. Quand il dit, par exemple, que les fragments des jurisconsultes, insérés dans le Digeste, et les rescrits insérés dans le Code, ne doivent pas être regardés comme des instructions doctrinales, mais comme lois véritables émanant de son autorité, cela appartient moins aux règles de l'interprétation qu'à l'acte de promulgation des recueils : car l'empereur ne nous dit pas ce que nous avons à faire, il déclare ce que lui-même a fait. On pourrait encore, bien que par une voie détournée, attribuer ce caractère aux règles d'interprétation proprement dites, dont voici le véritable sens : « Tous les fragments du Digeste et du Code doi-

vent être entendus selon ces règles d'interprétation, puisqu'ils ont été insérés dans la supposition de ces règles mêmes ; toutes les lois que je rendrai à l'avenir et toutes celles de mes successeurs ne devront pas être entendues autrement, car c'est d'après ces principes que les empereurs agiront dans l'exercice de leur autorité législative. » Les règles d'interprétation seraient alors en quelque sorte l'interprétation authentique de chaque texte, ce qui mènerait aux distinctions suivantes. Les règles du droit romain sur l'interprétation ont force obligatoire pour les recueils de Justinien, pour ses Novelles et pour les lois postérieures des empereurs grecs, si elles eussent été reçues parmi nous; mais ces règles ne sont nullement applicables au droit canon, aux lois impériales et aux diverses lois provinciales. En effet, Justinien ne pouvait, en vertu d'un fidéicommis législatif perpétué indéfiniment, régler la manière dont les papes, les empereurs d'Allemagne et les princes allemands exerceraient le pouvoir législatif (*a*).

Considérées sous ce point de vue général et

(*a*) Un cas tout à fait inverse rendra la chose évidente. Le roi Frédéric-Guillaume II a inséré dans le Code prussien des règles sur l'interprétation qui régissent le Code et toutes les lois futures de ce roi et de ses successeurs. En effet, elles lient le pouvoir législatif lui-même, tant qu'elles ne seront pas abolies. Ici encore se reproduit la distinction qui existe entre le droit public et le droit privé.

extérieur, les règles du droit romain touchant l'interprétation auraient une large part d'autorité, puisqu'elles s'appliqueraient à la législation Justinienne, et c'est là l'objet le plus important. Mais si on examine ces règles de plus près, on arrive à cette conviction que, même pour la législation Justinienne, elles n'ont plus aujourd'hui force obligatoire. La plus essentielle de ces règles est sans contredit celle contenue dans les deux ordonnances de Justinien (§ 47, 48), et qui nous apprend comment nous devons interpréter, ou plutôt ne pas interpréter du tout. Or, cette règle fondamentale ne saurait être acceptée comme loi, et cela pour deux motifs.

D'abord, elle est intimement liée à la prohibition des commentaires (§ 26), rapport qui ne ressort pas seulement de l'esprit et du but de ces prescriptions, mais de leur forme même; en effet, dans la seconde ordonnance, elles se suivent immédiatement, et l'une est présentée comme conséquence et détermination de l'autre. Si la défense des ouvrages scientifiques n'est pas aujourd'hui une loi obligatoire (§ 27), la défense de l'interprétation ne l'est pas davantage. Accepter cette dernière isolément et détachée de son ensemble primitif, ce ne serait pas suivre la législation Justinienne, mais inventer une règle arbitraire qui n'aurait avec cette législation rien de commun que la lettre.

Ensuite, l'application de ces lois n'est pas seulement difficile, elle est pour nous tout à fait impossible. Justinien supplée à l'interprétation du juge par les rescrits impériaux; or il n'existe d'institution semblable dans aucun des États de l'Europe, et l'interprétation authentique donnée par la loi ne saurait en tenir lieu (*b*). Une telle interprétation n'est au pouvoir d'aucun juge, et aucun juge n'a le droit de suspendre son jugement pour l'attendre; d'ailleurs ce ne serait pas l'interprétation ordonnée par Justinien, mais tout autre chose. L'interprétation impériale ne doit pas davantage se comparer aux instructions qu'une commission législative ou le ministre de la justice est autorisé à donner dans quelques pays (*c*); car tout ce que l'histoire nous apprend sur le caractère de Justinien montre assez qu'il prenait très au sérieux son action personnelle sur l'interprétation des lois. Mais si nous nous croyons obligés de substituer quelque chose aux prescrip-

(*b*) Thibaut, Abhandlungen, p. 102. Voy., pour l'opinion contraire, Lôhr, Magazin, III, p. 102, qui s'étonne à tort de ce que l'interprétation anthentique ait un effet rétroactif. Je reviendrai bientôt sur ce sujet. On peut voir, en attendant, la Nov. 143, pr.

(*c*) Il y a eu en Prusse une commission législative investie du droit d'interprétation obligatoire; plus tard, cette commission a été abolie. Cf. § 51, note *c*. Je parle ici des pays de droit commun.

tions réelles de l'empereur, pourquoi s'arrêter en chemin, et ne pas rendre à l'interprétation son indépendance naturelle?

Le sentiment impérieux de cette nécessité a fait imaginer, pour expliquer les ordonnances de Justinien, un système péniblement forcé (§ 48) auquel nous ne sommes nullement contraints de recourir. Il vaut mieux reconnaître que Justinien a interdit l'interprétation privée, mais qu'un droit coutumier général a levé cette interdiction (*d*). Du moins on aurait peine à trouver dans l'histoire du droit un exemple d'une coutume aussi générale et aussi incontestable que celle de l'interprétation privée, depuis Irnérius jusqu'à nos jours. Dans mon opinion, on n'a pas besoin d'admettre une coutume dérogatrice, car je regarde les dispositions du droit romain sur cette matière comme inapplicables en elles-mêmes. L'impossibilité de leur application est le meilleur des arguments ; et, en effet, Justinien lui-même rattachait la défense de l'interprétation à une institution politique aujourd'hui abolie, celle des rescrits impériaux. Cette défense est

(*d*) C'est à peu près dans ce sens que l'entend Zachariæ, Hermeneutik, p. 164; mais il ajoute à tort que le droit Justinien offre des doutes sur ce point, que certains textes admettent l'interprétation, que d'autres la rejettent, et que la pratique moderne a résolu ce doute en faveur de l'interprétation.

donc partie intégrante du droit public, et par là même inapplicable, conformément aux principes généraux sur la distinction du droit public et du droit privé (§ 1, 17). — Comparée au système d'explication forcée que j'ai combattu, ma doctrine donne précisément les mêmes résultats. Là on reconnaît force obligatoire aux ordonnances de Justinien, mais on les restreint au cas purement imaginaire de lois inintelligibles. Ici on admet le sens complet des ordonnances, mais on nie formellement leur application au droit actuel.

Je ne parle ici que de la défense de l'interprétation; quant aux règles relatives à cet objet contenues dans le Digeste, on pourrait bien les recevoir comme lois; néanmoins, je crois plus conséquent de leur refuser cette autorité, de mettre sur la même ligne toutes les prescriptions du droit romain touchant l'interprétation et de les regarder comme abrogées. De semblables distinctions sont toujours une demi-mesure qui change en réalité ce qu'elle paraît conserver. Comment connaître les règles que Justinien aurait jugé bon d'établir, s'il eût admis le principe de l'interprétation privée? Au reste, la question n'a pas d'importance pratique, car le Digeste ne renferme, sur l'interprétation, aucunes règles qui soient en opposition avec les principes généraux adoptés aujourd'hui. Cela ne porte

d'ailleurs aucune atteinte à l'autorité morale de ces règles, et ne nous empêche pas de les consulter comme moyens de nous instruire. C'est dans cet esprit que je les ai citées à l'appui des doctrines que j'ai tâché d'établir.

§ L. *Opinion des auteurs modernes sur l'interprétation* (*a*).

Dans l'exposition qui précède, il a souvent été question des opinions contraires soutenues par les auteurs modernes. Je terminerai en résumant ces opinions touchant différents points capitaux en cette matière.

Et d'abord se présente la définition généralement admise de l'interprétation comme explication des lois obscures (*b*). Admettre une imper-

(*a*) Voici les auteurs qui renferment les plus riches matériaux sur ce sujet, ou que l'on peut considérer comme les représentants des opinions le plus généralement admises : Chr. H. Eckhard, Hermeneutica juris, ed. C. W. Walch. Lips., 1802, 8. — Thibaut, Theorie der logischen Auslegung des R. R. 2[e] éd. Altona, 1806, 8. — Mühlenbruch, I, § 53-67. — Ici, comme ailleurs, Doneau, I, 13, 14, 15, montre l'indépendance et l'originalité de son esprit.

(*b*) Forster, de j. interpr., I, 1 ; Hellfeld, § 29; Hofacker, I, § 149, 151, 152. (Hübner) Berichtigungen und Zusätze zu Höpfner, p. 173. Hufeland, Lehrbuch des Civilrechts, I, § 28.— Les Romains considéraient la chose autrement, L. 1, § 11, de inspic. ventre (XXV, 4) : « Quamvis sit manifestis-

fection accidentelle des lois pour condition nécessaire de l'interprétation, c'est la considérer comme remède à un mal, remède dont le besoin doit diminuer à mesure que les lois deviendront plus parfaites (*c*). Sans doute, personne ne méconnaîtra que pour les lois obscures l'interprétation est surtout importante et nécessaire; c'est là que le talent de l'interprète brille de tout son éclat, et aussi la plupart des règles exposées précédemment se rapportent aux défectuosités des lois (§ 35, *sq.*). Néanmoins, deux motifs me font rejeter cette définition comme restreinte et préjudiciable à l'ensemble de la matière. D'abord, l'étude approfondie et complète de l'état maladif est impossible, à moins de prendre pour base l'état sain auquel doit être ramenée toute déviation anomale. Ensuite, cette définition retranche la partie la plus noble et la plus féconde de l'interprétation, celle qui consiste à embrasser les lois non défectueuses, par conséquent non obscures dans la variété de leurs rapports, dans la richesse de leurs développements, et qui, pour le Digeste, est d'une si haute importance. — Si l'on rapproche l'opinion qui restreint arbitrairement l'interprétation aux lois obscures, de l'autre opinion

« simum Edictum Prætoris, attamen non est negligenda in-
« terpretatio ejus. »

(*c*) Zachariæ l'entend litteralement, Hermeneutik, p. 160.

qui regarde les lois très-obscures comme enlevées par Justinien au domaine de l'interprétation (§ 48), on obtient ce résultat singulier, que les lois ne doivent être ni trop claires ni trop obscures, qu'elles doivent occuper une place intermédiaire entre la lumière et les ténèbres, pour que l'interprète ait à s'en occuper.

Il convient ensuite d'examiner la définition par rapport à cette division qui domine toute la matière, l'interprétation grammaticale et l'interprétation logique (*d*). On ne considère pas ces deux espèces d'interprétations comme nécessairement inséparables, bien que, suivant les circonstances, l'une ou l'autre puisse être prédominante (§ 33), mais comme deux méthodes opposées et s'excluant mutuellement. L'interprétation grammaticale a le sens des mots pour objet, l'interprétation logique, le but ou le motif de la loi ; l'une est la règle, l'autre l'exception. Dans ce parallèle établi entre les deux espèces d'interprétations, la seule idée clairement exprimée et généralement admise, c'est que l'interprétation logique s'arroge de grandes libertés et qu'il faut la surveiller sévèrement ; du reste, on place sous ce mot les idées les plus diverses. Ainsi, on a appelé interprétation logique la rectification

(*d*) Eckhard, § 17, 23 ; Thibaut, Pandecten, 8e éd., § 45, 46, 50-52 ; Thibaut, logische Auslegung, § 3, 7, 17-29.

de l'expression par la pensée de la loi (§ 35, *sq.*), puis le complément de la loi par voie d'analogie, et quelque chose encore dont je vais parler tout à l'heure. — Si les règles d'interprétation que je viens de résumer sont exactes et complètes, il faut évidemment renoncer à une division qui, si l'on veut la définir, obscurcit la matière au lieu de l'éclairer.

Enfin, et c'est le point le plus important, on a compris, sous le nom d'interprétation logique, un procédé qui mène à un changement réel de la loi. J'ai montré comment on pouvait rectifier l'expression de la loi par sa pensée véritable; ici on rectifie la pensée même de la loi en prenant pour type l'idée qu'elle aurait dû exprimer. Ainsi, on ramène la loi à un motif, et si les déductions logiques de ce principe, mises en parallèle avec les dispositions de la loi, sont plus larges ou plus étroites, on rétablit l'équilibre par une nouvelle espèce d'interprétation extensive ou restrictive. Dans cette opération, on n'examine pas si le législateur a commis volontairement une inconséquence logique, ou s'il n'a pas aperçu une conséquence du principe; pour ce dernier cas on suppose que, signalée à son attention, il l'aurait infailliblement adoptée. — Tel est du moins l'ensemble complet de ce procédé. A la vérité, on le modifie en disant qu'on peut toujours, au nom du motif de la loi, étendre ses dispositions, mais jamais

les restreindre (*e*). C'est une distinction que l'on justifierait difficilement.

L'interprète qui prétend corriger la pensée et non la lettre de la loi, sa réalité même et non son apparence, se met au-dessus du législateur, et méconnaît les limites de ses pouvoirs : ce n'est plus là de l'interprétation, mais une véritable formation du droit (*f*). Une semblable confusion entre deux choses essentiellement distinctes, suffirait pour faire rejeter tout d'abord cette manière de procéder et pour l'interdire au juge comme incompatible avec la nature de ses fonctions, si deux raisons qui tiennent à l'essence même de cette méthode ne la condamnaient pas déjà. L'incertitude où nous laisse ordinairement le motif de la loi, les nombreuses erreurs auxquelles cette incertitude nous expose, rendraient l'interprétation tout à fait arbitraire, et porteraient une atteinte mortelle au principe salutaire de la fixité des lois (*g*). Une foule d'idées intermé-

(*e*) Thibaut, Pandecten, § 51, 52. Il admet l'extension d'après les principes, et d'après l'intention du législateur seulement. — Ce que Thibaut appelle l'intention du législateur, est ce que j'appelle l'esprit véritable de la loi.

(*f*) Cette considération mène souvent à la doctrine également erronée, que l'interprétation est interdite au juge et appartient au législateur, qui peut déléguer son droit. Voy. § 32, note *d*.

(*g*) Tel est le véritable sens des L. 20, 21, de leg. (I, 3) :

diaires qui séparent la loi de son motif peuvent avoir déterminé le législateur à étendre ou à restreindre le contenu de la loi, et à s'écarter sans inconséquence du motif principal. Cette considération doit nous mettre en garde contre les apparences de logique rigoureuse que cette méthode manque rarement de présenter (*h*). Là, où une recherche profonde écarterait complétement ces deux objections capitales, l'extension ou la restriction tirée du motif de la loi serait employée utilement, non comme interprétation, mais comme développement progressif du droit; développement applicable même au *jus singulare*, bien qu'en cette matière le juge ne puisse procéder par voie d'analogie (§ 46).

Néanmoins, les auteurs modernes regardent l'emploi de cette méthode plus ou moins restreinte comme une interprétation véritable permise aux magistrats. Cela vient de ce qu'ils l'assimilent à d'autres cas semblables en apparence, et qui laissent plus de latitude à l'indé-

« Non omnium, quæ a majoribus constituta sunt, ratio reddi « potest. — Et ideo rationes eorum, quæ constituuntur, in- « quiri non oportet: alioquin multa ex his, quæ certa sunt, « subvertuntur. » — *Inquiri non oportet*, cela ne signifie pas qu'on doive s'interdire de rechercher le motif de la loi, mais que cette recherche ne doit pas conduire à la modifier.

(*h*) On trouve d'excellentes remarques sur ce sujet dans Stahl, Rechtsphilosophie, II, p. 177.

pendance de l'interprète. Je citerai d'abord l'interprétation extensive et restrictive proprement dite, qui consiste non à corriger la loi, mais à rétablir sa pensée obscurcie par la lettre du texte (§ 37). Je citerai, comme second exemple, l'interprétation par voie d'analogie (§ 46); mais alors la règle fait ordinairement défaut, et une mise en œuvre artificielle des sources doit suppléer à son absence; ici, au contraire, la règle existe, et on veut la détrôner par la substitution artificielle d'une autre loi. J'indiquerai enfin, comme objet de la méprise que je signale, un cas dont je n'ai pas encore parlé, celui où un acte viole, non la lettre, mais l'esprit de la loi (in fraudem legis).

La loi, dans son application, doit, sans contredit, embrasser tous les actes de cette nature (*i*); mais on se figure ordinairement que la loi violée a besoin d'une interprétation qui l'étende. Si, par exemple, des intérêts usuraires se cachent sous la forme mensongère d'un contrat ou d'une peine

(*i*) L. 29, de leg. (I, 3) : « Contra legem facit, qui id facit « quod lex prohibet : in fraudem vero qui salvis verbis legis, « sententiam ejus circumvenit. » L. 5, C. de leg. (I, 14) : « Non « dubium est, in legem committere eum, qui verba legis am- « plexus contra legis nititur voluntatem. Nec pœnas insertas « legibus evitabit, qui se contra juris sententiam sæva præ- « rogativa verborum fraudulenter excusat. » L. 21, de leg. (I, 3), L. 64, § 1, de condit. (XXXV, 1).

conventionnelle, on s'imagine que le législateur n'a pas prévu ces actes frauduleux, car il les aurait interdits par une disposition additionnelle, et qu'alors une interprétation extensive peut seule réparer son défaut de prévoyance; mais ce n'est pas là la réalité des choses. Il ne s'agit pas d'interpréter la loi qui est claire et suffisante, il s'agit d'apprécier un acte individuel (*k*). Si nous appliquons à cet acte les principes prohibitifs de la simulation, nous traiterons la vente ou la convention pénale apparente comme un véritable contrat usuraire, ramenant ainsi par notre jugement la lettre de l'acte à sa pensée réelle. Ce procédé est au fond le même que celui employé en certains cas pour l'interprétation des lois (§ 37). Mais, appliqué à l'appréciation des actes, il offre un bien plus haut degré de certitude. Au lieu d'avoir à reconnaître, dans un texte de loi, l'impropriété des termes, nous avons, dans l'hypothèse supposée, à découvrir une intention frauduleuse, et les circonstances se prêtent ordinairement mieux à faire ressortir l'une que l'autre. — Indépendamment de ces méprises, une cir-

(*k*) D'après la L. 64, § 1, de condit. (XXXV, 1), « *Legem* « enim.... adjuvandam *interpretatione*, » on pourrait croire que les jurisconsultes romains regardaient ce cas comme une interprétation véritable. Mais ils donnent au mot *interpretatio* un sens beaucoup plus étendu, et l'appliquent à tout procédé scientifique.

constance est encore venue favoriser cette méthode illégitime d'interprétation, l'exemple des jurisconsultes romains qui l'emploient sans aucun scrupule. Mais cela n'est pas pour nous un motif de justification. La position toute spéciale des jurisconsultes romains leur donnait une influence directe sur la formation du droit, influence qui, dans les temps modernes, n'appartient à aucun jurisconsulte, auteur ou magistrat (*l*).

§ LI. *Principes des législations modernes sur l'interprétation.*

Les Codes modernes renferment sur l'interprétation encore moins de dispositions que sur les sources du droit (§ 31). Le Code français n'en parle pas; mais l'obligation absolue imposée au juge de juger malgré le silence ou l'obscurité de la loi, et la destination spéciale de la cour de cassation, montrent suffisamment l'esprit du droit français en cette matière. Chaque juge a une liberté complète d'interprétation, mais la fixité et l'unité du droit sont garanties contre les interprétations arbitraires par la cour de cassation qui, placée au-dessus de toutes les juridictions, exerce une surveillance sage et tutélaire, alors même que l'arrêt soumis à sa censure a acquis,

(*l*) Cf. § 19 et 37, note *q*.

entre les parties, l'autorité de la chose jugée. Le but serait complétement atteint si la cour de cassation avait le droit, en cassant un arrêt, de juger elle-même l'affaire. Mais, l'arrêt cassé, elle doit renvoyer le fond du procès à une autre cour, de sorte que la même cause peut recevoir plusieurs décisions erronées et provoquer plusieurs arrêts de cassation. Ces formes compliquées et dispendieuses viennent de ce que, autrefois, la cassation n'appartenait pas à un corps judiciaire, mais à un corps administratif, le conseil du roi, qui réprimait les violations de la loi sans rendre lui-même la justice. Depuis la révolution, ce motif ne subsiste plus, les fonctions de la cour de cassation sont purement judiciaires et elle offre les mêmes garanties d'indépendance que le reste de la magistrature. On a voulu depuis remédier à l'inconvénient que je viens de signaler. Les premières tentatives étaient insuffisantes (*a*), mais la dernière loi rendue sur cet objet va mieux au but. Elle porte que les magistrats saisis d'une affaire par un second arrêt de cassation, doivent se conformer à la jurisprudence de la cour suprême (*b*).

(*a*) Loi du 16 septembre 1807. — Loi du 30 juillet 1828.

(*b*) Loi du 1er avril 1837 (Bulletin des lois, IXe série, I. 14, p. 223), art. 2. « Si le deuxième arrêt ou jugement est cassé pour les mêmes motifs que le premier, la cour royale,

Le Code prussien enjoint aux tribunaux d'interpréter la loi d'après ses termes, son ensemble et ses motifs immédiats et certains (*c*). Une loi plus importante, et analogue aux ordonnances de Justinien, prescrivait aux juges de soumettre leurs doutes à une commission législative, et de suivre sa décision. Mais cette loi a été abolie, et maintenant les juges interprètent la loi avec une entière indépendance; seulement ils doivent soumettre leurs doutes au ministre de la justice, comme renseignements à consulter pour la législation (*d*). Si la loi présente une lacune, le juge doit se déterminer d'après les principes généraux du Code, ou d'après les dispositions qui règlent les cas du même genre; il doit en outre signaler cette lacune, afin que le législateur ait à la remplir (*e*). — La législation française, dans les provinces rhénanes où elle est en vigueur, a été ainsi modifiée : la cour de cassation, après la cassation d'un arrêt, juge elle-même définitivement. Pour le reste de la Prusse, on vient d'introduire les pourvois en cassation, sous le nom de demande en nullité, et le tribu-

ou le tribunal auquel l'affaire est renvoyée, se conformera à la décision de la cour de cassation, sur le point de droit jugé par cette cour.»

(*c*) Allg. Landrecht Einleitung, § 46.

(*d*) A. L. R. Einl., § 47, 48, et Anhang, § 2.

(*e*) A. L. R. Einl., § 49, 50.

nal suprême investi de cette fonction (Geheime Obertribunal) prononce lui-même en dernier ressort, après avoir annulé le jugement (*f*). Le Code autrichien indique aux juges, comme moyens d'interprétation, l'examen de la loi dans son ensemble et l'intention évidente du législateur. En l'absence d'une loi, le juge doit se déterminer d'après les lois relatives à des matières semblables, et d'après les principes des lois analogues, et comme dernier moyen d'après les principes généraux du droit. La défense de l'interprétation privée établie par Justinien a fait place à cette disposition très-raisonnable, que l'interprétation authentique contenue dans une loi est seule obligatoire pour tous (*g*).

Enfin, si on cherche quelles seraient les règles les mieux appropriées aux besoins de l'époque actuelle, je pense que, dans le domaine de l'interprétation véritable, on devrait laisser au juge une entière indépendance, mais lui interdire tout ce qui a été faussement donné pour interprétation. Comme souvent les limites entre l'interprétation pure et la formation du droit sont fort incertaines, il devrait y avoir une autorité supérieure dont l'action ne serait pas entravée par cette distinction. Cette autorité, spécialement

(*f*) Ordonnance du 14 décembre 1833, § 17. (Gesetzsammlung, 1833, p. 306.)

(*g*) Osterreich. Gesetzbuch, Einl., § 6-8.

instituée pour veiller aux progrès du droit (§ 31), aurait aussi à intervenir toutes les fois qu'il s'élèverait des doutes sur l'interprétation d'une loi. Mais à défaut d'une autorité semblable, et là même où elle existerait, on pourrait, sans danger, confier l'interprétation transcendante à un corps judiciaire organisé à peu près de la même manière que la cour de cassation en France. Ce tribunal exercerait sur l'administration de la justice l'influence salutaire qu'exerçaient dans l'ancienne Rome le préteur et les jurisconsultes, et il aurait entre ses mains cette interprétation extensive et restrictive que j'ai distinguée de l'interprétation véritable, et qui excède les pouvoirs d'un juge ordinaire.

LIVRE II.

RAPPORTS DE DROIT.

CHAPITRE IER.

DÉFINITION DES RAPPORTS DE DROIT, ET DE LEURS DIFFÉRENTES ESPÈCES.

§ LII. *Définition des rapports de droit.*

J'ai montré précédemment (§ 4, 9) la nature générale des rapports de droit, et comment ils se rattachent à la grande division du droit public et du droit privé. Je vais maintenant développer les caractères essentiels de ces rapports qui rentrent dans le droit privé, et comme ce droit est l'objet spécial de mon ouvrage, je désignerai par l'expression rapports de droit, sans autre distinction, cette classe de rapports particulière au droit privé.

Le monde extérieur, c'est-à-dire, le milieu où l'homme se trouve, l'assiége par une multitude

de points de contact; mais les plus importants sont ses relations avec les êtres ayant la même nature que lui et la même destinée. Pour que des créatures libres, ainsi mises en présence, puissent s'aider mutuellement et ne se gêner jamais dans le déploiement de leur activité, il faut qu'une ligne de démarcation invisible circonscrive les limites au sein desquelles le développement parallèle des individus trouve indépendance et sécurité. La règle qui fixe ces limites et garantit cette liberté s'appelle droit. Par là se révèle le caractère qui rapproche et qui distingue le droit et la morale. Le droit sert la morale, non en accomplissant ses préceptes, mais en assurant à l'individu l'exercice de son libre arbitre. Le droit a son existence propre, et si, dans certains cas, l'exercice d'un droit véritable présente le caractère de l'immoralité, cela n'implique aucune contradiction.

La réalité du droit et sa nécessité tiennent à l'imperfection de l'humanité; mais cette imperfection n'offre pas un caractère accidentel ou historique, elle est inséparable de notre condition ici-bas.

Plusieurs auteurs, pour arriver à l'idée de droit, partent du point de vue inverse, et posent comme base fondamentale l'idée de l'injustice. Suivant eux, l'injustice est la violation de la liberté par une liberté étrangère, c'est un obsta-

cle qui gêne le développement de l'homme, et un mal auquel il faut remédier; et, dans leur opinion, ce mal a le droit pour remède. Quelques-uns le font sortir d'un accord intelligent des individus qui sacrifient une partie de leur liberté afin d'assurer le reste. D'autres le font sortir d'une force extérieure, seule capable d'enchaîner les volontés des individus naturellement portés à l'état de guerre. Ces auteurs placent dans une négation la base de leurs doctrines, comme si la maladie devait servir de point de départ à l'étude des lois de la vie. Selon ces auteurs, l'État est une force coercitive dont on pourrait se passer, si toutes les volontés étaient réglées par la justice, tandis que, dans mon opinion, l'État brillerait alors d'une noblesse et d'une puissance nouvelle.

Sous le point de vue où nous nous sommes placés, chaque rapport de droit nous apparaît comme une relation de personne à personne déterminée par une règle de droit, et cette règle déterminante assigne à chaque individu un domaine où sa volonté règne indépendante de toute volonté étrangère.

Dès lors, tout rapport de droit se compose de deux éléments : 1° une matière donnée, c'est-à-dire, la relation elle-même; 2° l'idée de droit qui règle cette relation. Le premier peut être considéré comme l'élément matériel du rapport de

droit, comme un simple fait; le second, comme l'élément plastique, celui qui anoblit le fait et lui impose la forme du droit.

Mais toutes les relations d'homme à homme ne rentrent pas dans le domaine du droit; toutes n'ont pas besoin et ne sont pas susceptibles d'être déterminées par une règle de ce genre. Ici on peut distinguer trois cas : tantôt la relation est entièrement dominée par les règles du droit, tantôt en partie seulement, tantôt elle leur échappe tout à fait. La propriété, le mariage, l'amitié, peuvent être donnés comme exemples de ces trois différents cas.

§ LIII. *Des différentes espèces de rapports de droit.*

On peut définir le rapport de droit, le domaine de la volonté libre (§ 52). Il s'agit maintenant de déterminer dans quelles circonstances la volonté agit librement et jusqu'où va son empire, ce qui amène naturellement un résumé sommaire des différentes espèces de rapports de droit.

Premièrement, la volonté peut agir sur la personne même de l'individu; secondement, en dehors de sa personne, c'est-à-dire, sur le monde extérieur relativement à l'individu. Telle est la généralisation la plus haute des différents mo-

des d'actions de la volonté. Mais dans le monde extérieur se rencontre la nature non libre, puis des volontés libres comme la nôtre, c'est-à-dire, des personnes étrangères à notre personnalité. La question ainsi envisagée logiquement, nous avons trois classes d'objets sur lesquels la volonté humaine peut agir : la personne de l'individu, la nature non libre, et les personnes étrangères, ce qui paraîtrait nous donner trois classes principales de rapports de droit. Je vais reprendre successivement, et en détail, chacune de ces trois classes d'objets, et d'abord la personne de l'individu considérée comme susceptible de rapports de droit spéciaux.

Voici sur cette matière une doctrine très-répandue. L'homme, dit-on, a sur sa personne un droit qui commence nécessairement avec lui et ne peut finir qu'à sa mort. Ce droit, on l'appelle droit *originel*, par opposition aux droits *acquis*, ces droits d'une nature passagère que l'homme peut, dans le cours de sa vie, exercer accidentellement sur les autres hommes. Plusieurs auteurs ont poussé si loin cette doctrine, qu'ils regardent la direction de l'intelligence comme un droit de propriété d'où ils font dériver ce qu'on appelle la liberté de la pensée. Mais on ne comprend guère comment un homme pourrait empêcher un autre homme de penser ou le contraindre à penser, et violer ainsi, de l'une

ou l'autre manière, cette espèce de propriété. Si, pour rendre cette doctrine intelligible, on dit que l'homme a la propriété de son être visible, de son corps et de ses membres, ici on peut admettre une violation que réprimerait cette doctrine; mais elle n'en est pas moins inutile et même condamnable, car, entre autres conséquences, elle mène à légitimer le suicide. Voici néanmoins l'élément vrai contenu dans le faux principe d'un droit originel de l'homme sur sa propre personne.

D'abord, on ne saurait méconnaître que l'homme dispose licitement de lui-même et de ses facultés. Il y a plus, tout droit véritable a ce pouvoir pour base et l'implique nécessairement. Ainsi, par exemple, la propriété et les obligations n'ont de sens et de valeur que comme extension artificielle de notre force personnelle; ce sont de nouveaux organes que l'art ajoute à notre nature primitive. Mais cette possession de nous-mêmes n'a nullement besoin d'être reconnue et définie par le droit positif, et ici c'est inutilement, c'est à tort que l'on confond ce pouvoir naturel avec ses extensions artificielles, pour les mettre sur la même ligne et les traiter de la même manière. — Ensuite, plusieurs institutions du droit positif, examinées dans leur principe, sont effectivement destinées à protéger ce pouvoir naturel de l'homme sur sa propre per-

sonne contre les agressions de ses semblables : ainsi une grande partie du droit criminel, puis les nombreuses dispositions du droit civil faites en vue de prévenir la diffamation, la fraude et la violence, principalement les actions possessoires. Chacun de ces droits a pour but final l'inviolabilité de la personne; mais on ne doit pas les regarder comme de simples conséquences de cette inviolabilité, ce sont des institutions toutes positives dont le contenu spécial diffère essentiellement de la sanction de la personnalité ; et l'on ne fait qu'obscurcir leur caractère véritable si on les représente comme uniquement relatives à l'individu en lui-même. Énumérer d'une manière complète toutes les institutions ayant cette origine commune, serait peu profitable et peu instructif; il suffit de reconnaître le principe général de leur analogie (*a*).

(*a*) Donellus, II, 8, § 2, 3, admet deux espèces de *nostrum : in persona cujusque* et *in rebus externis*. A la première il rapporte : *vita*, *incolumitas corporis*, *libertas*, *existimatio*. L'*incolumitas animi* n'est pas mise sous la protection du droit, parce qu'elle n'en a pas besoin. — Puchta, System des gem. Civilrecht. München, 1832, pose comme première classe de droits ceux relatifs à la personne elle-même, la personnalité et la possession. Par personnalité, il entend la capacité du droit et la considération. Mais la capacité du droit est une condition toujours indispensable qui s'applique également à la proprieté et aux obligations, de même qu'aux droits de la première classe; quand on admet cette classifica-

Les prétendus droits originels une fois écartés, et notre recherche restreinte aux seuls droits véritables, les droits acquis, nous ne trouvons plus pour la volonté humaine que deux objets d'application possibles, la nature non libre et les personnes étrangères.

Nous ne pouvons dominer la nature non libre dans sa totalité, mais dans une portion déterminée, détachée de son ensemble. La portion ainsi détachée se nomme *chose*, et ici commence la première espèce possible de droits, *le droit à une chose*, qui, sous sa forme la plus pure et la plus complète, s'appelle propriété.

Les rapports de droit ayant pour objet les personnes étrangères ne sont pas aussi simples, car ces personnes nous apparaissent sous deux aspects tout à fait différents. Ainsi, une personne

tion, à la possession, par exemple; c'est donc un élément général du droit qui ne doit être rangé dans aucune classe particulière. Ici on s'attend à trouver dans la classification de Puchta le droit de l'homme sur ses propres membres; mais ce droit est passé sous silence, ainsi que plusieurs autres qu'il eût fallu énumérer pour faire comprendre la liaison existant entre le Liv. 3 et le Liv. 5, ch. 25, Num. VI. Par là on voit combien est arbitraire la composition de la première classe des droits, qui ne semble inventée qu'afin de donner une place convenable à la possession. — Hegel, Naturrecht, § 70, et ad. au § 70, n'admet pas ce droit de la personne sur elle-même, et montre qu'il aurait pour conséquence inévitable la légitimation du suicide.

étrangère peut être comme une chose attirée dans le domaine de notre volonté et soumise à notre domination. Si cette domination est absolue, la personne étrangère perd son caractère de liberté et de personnalité; nous ne commandons pas à une personne, mais à une chose; notre droit est la propriété d'un homme, et tel était en réalité l'esclavage chez les Romains. Mais si nous voulons nous représenter un rapport de droit qui établisse notre domination sur une personne étrangère sans détruire sa liberté, un droit qui ressemble à la propriété et néanmoins s'en distingue, il faut que notre domination n'atteigne pas la totalité de la personne étrangère, seulement un de ses actes, et alors cet acte, soustrait au libre arbitre de cette personne, passe sous l'empire de notre volonté. Les rapports de droit en vertu desquels nous dominons un acte déterminé d'une personne étrangère s'appellent *obligation*. Non-seulement l'obligation et la propriété ont une nature identique en ce que toutes deux étendent l'empire de notre volonté sur une portion du monde extérieur, elles ont encore plusieurs assimilations spéciales. D'abord, l'effet de l'obligation peut se résoudre en une somme d'argent, c'est-à-dire, nous transférer la propriété de cette somme; ensuite, la plupart des obligations, et les plus importantes, ont pour but de mener à l'acquisition définitive ou à une

jouissance temporaire de la propriété. Ainsi, l'une et l'autre espèce de droits, la propriété et l'obligation vis-à-vis de la partie qui stipule, étendent le pouvoir de l'homme sur le monde extérieur au delà des limites naturelles de son être. L'ensemble des rapports qui étendent ainsi le pouvoir d'un individu s'appelle ses *biens*, et l'ensemble des institutions qui règlent cette espèce de rapports s'appelle *droit des biens* (*b*).

Jusqu'ici j'ai considéré les personnes prises isolément, de sorte que dans leurs relations chacune d'elles forme par sa personnalité un être entièrement étranger à l'autre, quoique d'une même nature; mais dans la seconde classe de rapports de droit, l'homme nous apparaît sous un aspect bien différent. Ici il ne figure plus comme un être isolé, mais comme membre du tout organique qui compose l'humanité. Or, il tient à ce grand tout par des individus déterminés, et sa position vis-à-vis de ces individus devient la base d'une espèce de rapports de

(*b*) L'expression allemande qui désigne les biens (Vermögen) est très-heureuse, car elle répond à l'essence même de la chose, l'extension de puissance que ces droits nous font acquérir; c'est-à-dire, ce que ces droits nous permettent de faire. Le mot latin *bona,* qui est passé dans plusieurs langues modernes dérivées de la langue latine, est moins précis, car il exprime une idée accessoire, le bien-être résultant de cette puissance et les avantages qu'elle nous garantit.

droit particulière et entièrement nouvelle. A la différence des obligations, ces rapports nous montrent l'homme, non comme existant par lui-même, mais comme un être défectueux ayant besoin de se compléter au sein de son organisme général.

Cette défectuosité et son complément se révèlent à nous sous deux grandes faces. D'abord la différence des sexes fait que l'individu représente l'humanité d'une manière incomplète, et qu'il doit se compléter par le mariage (*c*). Ensuite, l'existence de l'individu est limitée par le temps, ce qui appelle et engendre une foule de rapports supplétifs. Ainsi, la vie passagère de l'homme se complète par la reproduction qui non-seulement perpétue l'espèce, mais jusqu'à un certain point l'individu. Puis l'organisation particulière de l'homme fait qu'au commencement de sa vie, il est totalement privé de la direction de sa force, et n'acquiert cette faculté que graduellement; l'éducation répare cette défectuosité. L'institution qui, en droit romain, constate cette double défectuosité et règle son complément, est le *pouvoir paternel;* et au pouvoir paternel se rattache la *parenté*, par voie d'analogies tantôt naturelles,

(*c*) Fichte, Sittenlehre, p. 449, exprime énergiquement cette pensée : « Le mariage est une loi impérieuse pour tout « individu de chaque sexe..... L'homme non marié n'est « homme qu'à moitié. »

tantôt juridiques (*d*). — L'ensemble de ces rapports supplétifs, le mariage, le pouvoir paternel et la parenté, s'appelle *famille*, et les institutions qui déterminent ces rapports s'appellent *droit de la famille* (*e*).

(*d*) Comme développement juridique, je citerai l'agnation, qui n'est que le *residuum*, la suite progressive de la puissance paternelle; comme analogie naturelle, je citerai la cognation, par laquelle le *jus gentium* reconnaît une communauté entre les individus sortis du même sang, comme le *jus civile* par l'agnation.

(*e*) Je dois faire observer que cette dénomination n'est pas empruntée au droit romain. Le mot *familia* avait, chez les Romains, plusieurs significations. Pris dans son acception technique, et aussi la plus importante, il désigne l'ensemble des individus réunis par l'agnation, et dès lors une partie seulement des rapports que je comprends sous le mot famille. Mais si cette expression n'est pas conforme à la phraséologie du droit romain, elle répond néanmoins très-bien aux principes et aux idées des jurisconsultes romains sur la matière; c'est précisément ce qu'ils appellent *jus naturale*. Ulpien s'exprime ainsi, L. 1, § 3, de J. et J.: « Jus naturale « est quod natura omnia animalia docuit.... Hinc descendit « maris atque fœmina conjunctio, quam nos matrimonium « appellamus: hinc liberorum procreatio, hinc educatio. » (Voy. Appendice, N. I). Si les anciens jurisconsultes, Gaius, par exemple, quand ils traitent de ces diverses institutions, les envisagent sous un autre point de vue historique, cela ne contredit nullement le principe général de leur harmonie naturelle, reconnu ici par Ulpien. — Ma phraséologie est conforme au langage des temps modernes, et dans le fond la seule d'accord avec l'état actuel du droit.

Comme les rapports de famille, aussi bien que les obligations, existent d'individus à individus déterminés, plusieurs inclinent à identifier ces rapports, à ranger la famille parmi les obligations, ou du moins à les considérer comme analogues, afin de les opposer à la propriété qui, vis-à-vis des individus, n'a pas ce caractère de particularité. Plusieurs adoptent ce point de vue, sans toutefois le saisir complétement ou même sans s'en rendre bien compte. On doit néanmoins le rejeter, et il importe d'en prouver la fausseté si l'on veut avoir une idée juste de la famille dans son essence. Je vais signaler plusieurs différences qui séparent profondément ces deux choses, et qui peuvent être comprises dès à présent; me réservant de faire encore mieux ressortir (§ 54) le caractère exclusif et spécial de la famille. Les obligations ont pour objet un acte individuel, les rapports de famille embrassent la personne entière de l'individu, comme membre du tout organique qui compose l'humanité. La matière de l'obligation est arbitraire de sa nature, car un acte quelconque de l'homme peut donner lieu à l'obligation. La matière des rapports de famille est donnée par la nature organique de l'homme et porte l'empreinte de la nécessité. L'obligation est ordinairement temporaire, les rapports de famille persistent toujours les mêmes; aussi les divers rapports de famille, saisis dans leur ensemble

complet, forment une communauté sous le nom même du principe qui les réunit, la famille.

Les familles contiennent le germe de l'État, et l'État, une fois formé, a pour éléments constitutifs les familles, non les individus.

D'ailleurs l'obligation a en réalité plus d'analogie avec la propriété, car les biens qui embrassent ces deux espèces de rapports étendent le pouvoir de l'individu au delà de ses bornes naturelles, tandis que les rapports de famille servent à compléter l'individu. Ensuite, le droit de la famille touche de plus près que le droit des biens, aux droits appelés originels, et ces derniers se trouvant exclus du domaine du droit positif, on doit reconnaître que la famille ne rentre qu'en partie sous l'empire du droit positif, tandis que les biens lui appartiennent exclusivement.

Si maintenant nous reportons nos regards au point de départ de cette recherche, nous trouvons trois objets susceptibles de recevoir l'empreinte de notre volonté, et à ces trois objets répondent trois cercles concentriques où peut se déployer la volonté:

1) Le moi primitif, auquel répond le droit originel, mais placé hors du domaine du droit positif.

2) Le moi agrandi par la famille. Ici l'empire de notre volonté ne rentre qu'en partie dans le

domaine du droit, où elle forme le droit de la famille.

3) Le monde extérieur. Ici l'empire de la volonté appartient entièrement au droit positif, où elle forme le droit des biens qui se subdivise en droit des choses et droit des obligations.

Nous devons, en conséquence, reconnaître trois classes principales de droits :

Droit de la famille,

Droit des choses,

Droit des obligations.

Mais si l'abstraction sépare rigoureusement ces trois classes de droits; dans la réalité vivante elles se touchent de tous côtés, et ces contacts perpétuels engendrent nécessairement une foule de modifications et d'actions réciproques. Or, avant de commencer l'étude des institutions particulières qui composent ces trois grandes classes, nous devons tenir compte de ces modifications et jeter un coup d'œil général sur le développement donné à ces diverses institutions par le droit positif.

§ LIV. *Droit de la famille.*

La famille, que je vais examiner dans ses détails, a été définie plus haut dans son essence (§ 53); ses parties constitutives sont le mariage, le pouvoir paternel et la parenté. La matière de chacun

de ces rapports est un rapport naturel qui, comme tel, plane au-dessus de l'humanité (jus naturale). Aussi ont-ils un caractère de nécessité indépendant du droit positif, quelle que soit la forme sous laquelle ils nous apparaissent, et quelle que soit la variété de ces formes chez les différents peuples (*a*). Ce rapport naturel est à la fois et néces-

(*a*) La monogamie, par exemple, est de droit positif, tandis que le mariage, quelle que soit d'ailleurs sa forme, nous apparaît comme une nécessité de notre nature. Mais il ne faut pas croire que l'adoption de la monogamie ou de la polygamie soit déterminée par des circonstances accidentelles; la polygamie répond à un développement moins avancé de la morale. — La nécessité du mariage en général, non de la monogamie, a été quelquefois combattue (voy., par ex., Hugo, Naturrecht, § 210-214), et en fait, l'abstraction peut le décomposer et imaginer un autre état qui le remplace, par exemple, la promiscuité des sexes ou une propagation de l'espèce réglée par l'État. Mais le bon sens de tous les peuples, pris à toutes les époques et à tous les degrés de civilisation, confirmerait le principe du mariage, si le christianisme ne lui avait pas donné sa sanction la plus haute. — La puissance paternelle résultant de l'adoption est encore un exemple du développement artificiel des institutions de la famille par le droit positif. — La prohibition du mariage entre proches parents est fondée sur un sentiment moral commun à tous les temps, mais les limites de cette prohibition sont de droit positif. — Enfin, j'ajoute que la forme sous laquelle ces rapports sont exprimés par le droit positif de chaque peuple a toujours le caractère d'un droit absolu (§ 16), car elle tient aux idées morales de la nation.

sairement pour l'homme un rapport moral, et quand enfin la forme du droit vient s'y ajouter, la famille réunit trois éléments inséparables, l'élément naturel, moral et légal (*b*). De là il résulte que les rapports de famille ne rentrent qu'en partie dans le droit positif (§ 53). J'ajouterai même pour la moindre partie, car la plus importante appartient à un domaine tout autre que celui du droit.

Lorsque j'assigne à la famille, indépendamment de l'élément légal et moral, un élément naturel, il ne faut pas croire que ce dernier soit sur la même ligne que les deux autres, et puisse régner seul et par lui-même. La bête a un besoin qui répond au but général de la nature. Ce besoin et ce but existent pour l'homme comme pour la bête, mais chez l'homme la loi morale supérieure qui doit pénétrer et diriger l'homme tout entier, maîtrise aussi ce besoin, non pour annuler ou amoindrir l'élément naturel, mais pour l'anoblir et l'élever à la hauteur des autres éléments constitutifs de l'homme. — Kant se trompe évidemment lorsqu'il regarde l'élément naturel, l'amour physique, comme l'unique objet d'un rapport

(*b*) Ce triple caractère des rapports de famille, relativement au mariage, est parfaitement exprimé dans Hegel, Naturrecht, § 161 : « Le mariage est l'amour moral sanctionné par « la loi. » Seulement, il faut ajouter l'amour des sexes, ce qui, du reste, est évidemment la pensée de l'auteur.

obligatoire de droit dans le mariage; il méconnait et rabaisse la dignité de cette union (*c*).

Si l'on demande quel est le contenu spécial des rapports de droit appartenant à la famille, on peut croire que c'est un droit semblable à celui exercé sur toute personne soumise à notre volonté, sauf que cette soumission, non pas totale mais limitée, affecte seulement les relations de famille (*d*). Cette opinion semble confirmée par les principes du droit romain en cette matière qui, la plupart, ont pour base l'autorité absolue du père sur les autres membres de la famille. Mais même en se plaçant au point de vue des Romains, cette doctrine doit être entièrement rejetée. Chez les Romains, il est vrai, le père de famille avait sur son fils un pouvoir absolu, pouvoir qui, dans les temps anciens, se distingue à peine de la propriété. Mais ce pouvoir n'est pas le contenu proprement dit du rapport de droit, c'est le caractère naturel du pouvoir paternel que le père exerce, comme sa domination sur son esclave, sa maison, son cheval. Aucune loi n'ordonne au fils l'obéissance, aucune loi ne donne d'action au père contre l'insubordination du fils, pas plus que contre l'insubordination

(*c*) Voy. plus bas, § 141, *d*.

(*d*) C'est ainsi que Puchta la représente, Rhein. Museum, vol. III, p. 301, 302.

de l'esclave. Il n'y a d'action que contre les personnes étrangères qui entreprennent sur le pouvoir paternel. Une comparaison tirée du mariage libre rendra la chose encore plus évidente. Ici il n'est nullement question d'autorité absolue ni de soumission, et néanmoins le droit romain ne reconnait aucuns droits particuliers de l'époux vis-à-vis de l'autre époux, n'accorde aucune action pour réprimer la violation de ces droits. Ce n'est donc pas la soumission partielle d'une personne à la volonté d'une autre personne qui constitue le caractère légal des rapports de famille, ou forme le contenu spécial de cette classe de rapports de droit. Pour distinguer nettement les rapports de famille et les obligations, il faut abandonner cette doctrine spécieuse, car ses partisans imposent inévitablement à la famille la nature des obligations, quelles que soient les précautions oratoires employées pour s'en défendre.

Que nous reste-t-il donc dans la famille comme contenu véritable des rapports de droit? Nous avons dit que la famille faisait le complément d'une individualité défectueuse en elle-même (§ 53). Dès lors sa nature propre est la position que ses divers rapports donnent à l'individu, qui ne se présente plus simplement comme homme, mais comme époux, comme père, comme fils, et ainsi avec un mode d'existence rigoureusement déter-

miné, indépendant de la volonté individuelle, et lié au grand ensemble de la nature (*e*).

Je ne nie pas que la fidélité et le dévouement des époux, l'obéissance et le respect des enfants n'appartiennent à l'essence du mariage et du pouvoir paternel; mais ces éléments, malgré leur importance, reposent sous la tutelle de la morale, non sous la protection du droit: ainsi encore on abandonne aux mœurs la noblesse et l'humanité qui doivent accompagner l'exercice de la puissance paternelle, et si, dans ce dernier cas, l'intervention de la loi se conçoit plus difficilement, ce n'est là qu'un accident fortuit. Ainsi le droit d'une nation, pris isolément et sans égard aux mœurs qui le complètent, nous donnerait une idée très-imparfaite des rapports de famille chez cette nation. Dans les temps modernes plusieurs auteurs, méconnaissant cet accord, ont injustement condamné le droit de la famille romaine comme une tyrannie dénaturée (*f*). Ils oublient

(*e*) Ainsi, les rapports de famille appartiennent spécialement au *jus publicum*, c'est-à-dire, au droit absolu (§ 16). Voy. note *a*. — Voilà pourquoi chaque rapport de famille s'appelle un *status* de l'homme, sa place, sa manière d'être vis-à-vis de certaines personnes déterminées. Voy. § 59, et appendice, Num. VI.

(*f*) Par exemple, Hegel, Naturrecht, § 175 : « L'esclavage « des enfants chez les Romains est une des taches de leur lé« gislation, et cette violation de la moralité dans les rapports

que chez aucun peuple de l'antiquité la mère de famille n'a été plus respectée qu'à Rome (*g*),

« les plus intimes et les plus tendres de la vie, est d'une haute « importance pour comprendre le caractère historique de ce « peuple et son penchant au formalisme du droit. » La méprise de Hegel est d'autant plus étonnante, que lui-même, § 161, reconnaît pour le mariage la combinaison nécessaire de l'élément moral et de l'élément juridique, d'où il résulte que le droit du mariage chez un peuple ne nous donne qu'une image incomplète du mariage lui-même. Pourquoi n'en dirions-nous pas autant de la puissance paternelle? — Adam H. Müller, Elemente der Staatskunst, Th. II, p. 59-65, est allé encore plus loin. Il parle « d'une puissance paternelle « et *maritale* telles que nos lois les ont établies, par imita- « tion du droit romain, » et regarde ainsi la réciprocité comme bannie des rapports de famille dans les lois romaines et dans les nôtres. D'après Müller, on pourrait croire que les mariages se font encore aujourd'hui par confarréation, tandis que dès les premiers temps de la république, les mariages libres, sans l'ombre d'autorité, étaient les plus ordinaires et sont les seuls que le droit romain nous ait transmis. On pourrait encore, d'après Müller, penser que le seul droit romain joue un triste rôle, « s'il n'est soutenu, complété et protégé « par l'affection et la confiance (p. 59). » Comme si jamais une loi avait rendu inutiles ou fait naître ces sentiments. Ainsi donc, ce que l'auteur condamne avec fierté comme un vice du droit romain, est un des caractères généraux qu'il a plu à Dieu d'imposer à la nature humaine.

(*g*) On peut citer ici la belle description de la vie de famille, dans les temps anciens, que donne Columella, de re rust., lib. 12, præf., § 7, 8 : « Erat enim summa reverentia « cum concordia et diligentia mixta..... Nihil conspiciebatur

et pour les enfants qu'une obéissance servile et dégradante est incompatible avec la constitution qui permettait aux fils de famille d'exercer tous les droits politiques, de parvenir aux plus hautes magistratures, sans que la puissance paternelle reçût la moindre atteinte.

L'appréciation de l'élément juridique contenu dans les diverses institutions du droit de la famille, fait ressortir encore mieux le caractère général de ce droit. Pour chacune de ces institutions l'élément juridique consiste à la reconnaître et à régler ses conditions d'existence. Cet élément se décompose de la manière suivante : conditions dans lesquelles peut naître le rapport de droit ; — comment il se forme ; — comment il se dissout. Tout cela s'applique au mariage, à la puissance paternelle et à la parenté, et épuise le contenu juridique de ces rapports de droit considérés en eux-mêmes. L'élément juridique détermine en outre les influences que chaque institution exerce sur d'autres institutions ; ce sont ces influences qu'il s'agit d'énumérer pour les trois grands rapports de droit relatifs à la famille.

« in domo dividuum, nihil quod aut maritus aut fœmina proprium esse juris sui diceret, sed in commune conspirabatur « ab utroque. » Et néanmoins c'est dans ce bon vieux temps dont Columelle fait la peinture que l'autorité rigoureuse du mari (in manum conventio) était le plus ordinaire, et par la suite cette forme devint toujours plus rare.

Voici les influences que le mariage exerce sur d'autres rapports de droit :

1. Origine de la puissance paternelle sur les enfants nés du mariage. Cela constitue un rapport de famille entièrement nouveau et qui ne réagit en aucune manière sur les relations réciproques des époux eux-mêmes.

2. Protection de sa dignité morale au moyen du droit criminel.

3. Modifications nombreuses du droit des biens, telles que *dot*, *donatio propter nuptias*, etc. La plupart de ces institutions, et les plus importantes, ne sont pas des conséquences immédiates et nécessaires du mariage lui-même, elles résultent d'autant d'actes de la volonté, mais qui ont le mariage pour condition indispensable.

La puissance paternelle exerce son influence sur les biens de la manière suivante. Le fils de famille ne peut acquérir pour lui-même, et par conséquent avoir de propriété, mais il peut acquérir pour son père, et la propriété du père résulte nécessairement des actes du fils. Cette représentation possible et nécessaire du père, quant au fait d'acquérir, nous apparaît comme une unité en deux personnes, mais restreinte de diverses manières par les pécules, parfois improprement nommés.

Si l'on rapproche cette influence multiple de la puissance paternelle des rapports naturels

servant de base à la famille, voici les résultats que donne leur rapprochement. Sans doute la puissance paternelle répond au besoin de l'éducation, non par son élément juridique, mais par l'autorité indéterminée que le père a sur ses enfants sans égard à leur âge. Tout le reste, c'est-à-dire, l'influence purement juridique de la puissance paternelle sur les biens, est étranger à l'éducation. L'idée qui nous montre le fils assumant la personnalité paternelle pour la continuer au delà de la vie du père, la transmettre lui-même à ses enfants et la perpétuer ainsi d'âge en âge, cette idée se révèle clairement dans la représentation du père par le fils, quant à la capacité d'acquérir, et dans la manière spéciale dont l'hérédité paternelle est dévolue au *suus*. Cette idée se révèle encore dans l'incapacité du fils d'être lui-même propriétaire, incapacité fondée sur ce que la propriété lui est inutile, car en fait il participe aux biens du père (*h*). Cette incapacité nous explique en outre pourquoi les

(*h*) *En fait*, car dans l'état naturel de la vie de famille, l'enfant participe à la jouissance du patrimoine. Le père, il est vrai, peut, sauf quelques restrictions légales, lui refuser cet avantage pour le présent et l'en dépouiller pour l'avenir. C'est un rapport de droit semblable à celui de la dot, qui, en droit, appartient au mari, et, en fait, à la femme. Seulement ici la matière se prêtait mieux à être développée et formulée par des règles positives.

biens du fils, placés sous la puissance paternelle, n'avaient pas besoin d'une protection particulière pendant sa minorité. Remarque importante à consigner ici parce qu'elle nous mène à envisager la tutelle sous son véritable aspect (§ 55).

Des trois grands rapports de droit se rattachant à la famille, le moins précis est la parenté, car elle est susceptible d'une suite indéfinie de degrés où elle finit par se perdre. On donne ordinairement la réciprocité des droits comme caractère essentiel du droit; or, les parents, sauf un petit nombre de cas, n'ayant, à titre de parents, aucuns droits à exercer les uns contre les autres, on ne considère pas la parenté comme un rapport de famille véritable. Mais d'après les principes exposés précédemment, cette circonstance ne nous empêche pas de voir dans la parenté un rapport de famille proprement dit, car le droit détermine rigoureusement les conditions de la parenté; et elle n'est pas sans influence sur d'autres rapports de droit : d'abord, sur le mariage que certains degrés de parenté rendent impossible, puis sur les biens, et de deux manières différentes. Ainsi l'immense influence de la parenté sur le droit de succession suffirait pour rendre indispensable la fixation rigoureuse de ses degrés. L'obligation mutuelle imposée à certains parents de se fournir des aliments, est encore une influence de la pa-

renté sur les biens, mais une influence secondaire, et c'est le seul cas où il y ait entre parents une réciprocité de droits. D'après tout ce qui précède, on voit que chaque rapport de famille est un rapport naturel-moral et entièrement individuel, car il existe d'individu à individu; mais envisagé comme rapport de droit, c'est un rapport d'une personne à tous les autres hommes, car il est de son essence d'être reconnu généralement. Ainsi, par exemple, le père de famille a le droit de faire respecter sa puissance paternelle par quiconque la méconnaîtrait, et ce droit atteint le fils ni plus ni moins que les tiers. La puissance paternelle, une fois établie, devient la base de droits nombreux relatifs à la propriété, aux successions, etc. La procédure romaine confirme ces principes d'une manière remarquable. Ici l'action est un *præjudicium*, c'est-à-dire, une action qui n'a pas pour but de faire prononcer une *condemnatio*, mais de faire constater l'existence d'un rapport (*i*). Le nom de cette espèce d'actions montre qu'elles sont uniquement les préliminaires d'autres actions; enfin, elles sont toutes *in rem*, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas dirigées contre des individus dé-

(*i*) Gaius, IV, § 44, 94. Cf. L. 1, § 16, L. 3, § 3, 4, de agnos. (XXV, 3), L. 1, § 4, de liberis exhibendis (XLIII, 30).

terminés, comme celle résultant des obligations (*k*).

§ LV. *Droit de la famille. Suite.*

Jusqu'ici j'ai envisagé la famille dans son ensemble naturel; mais les diverses parties de cet ensemble peuvent servir de types au droit positif, pour former artificiellement des institutions extensives du droit de la famille. Ce qui distingue ces nouvelles institutions, c'est qu'elles n'ont pas une base naturelle-morale, et dès lors aucun caractère de nécessité absolue. Dans le langage des jurisconsultes romains, elles n'appartiennent pas au *jus naturale*.

Voici quelles sont, en droit romain, les institutions artificielles extensives du droit de la famille.

1) *Manus*. Elle consiste dans une réunion artificielle des deux principales branches de la famille naturelle, le mariage et la puissance paternelle. Ici la femme est considérée légalement comme fille de son mari, et l'institution, appendice extérieur du mariage, le modifie surtout par rapport aux biens. — Au reste, cette définition de la *manus* n'est vraie que pour l'époque de l'histoire romaine où cette forme de mariage

(*k*) § 16, J. de act. (IV, 6).

était devenue facultative. Dans les premiers temps on n'en connaissait pas d'autre.

2) *Servitus*. Le rapport du maître à l'esclave avait, en droit romain, deux caractères juridiques différents, mais toujours réunis dans la réalité, le *dominium* et la *potestas*. Le *dominium* constituait un droit véritable de propriété pure; aussi l'esclave, entièrement assimilé à une chose, pouvait être vendu en toute propriété, et, de plus, devenir l'objet de l'usufruit, de l'usage, d'un gage; aussi le maître avait, relativement à l'esclave, toutes les actions introduites pour protéger la propriété, et surtout la revendication. La *potestas* plaçait l'esclave dans la famille, et avait beaucoup d'analogie avec la puissance paternelle qui lui servait de type. Cette analogie se révèle par le droit de propriété que le père avait autrefois sur ses enfants, par le nom même de *potestas*, par l'incapacité commune au fils et à l'esclave d'acquérir pour eux-mêmes, et par la capacité érigée en nécessité d'acquérir pour le père ou pour le maître; enfin, par le pécule. Si l'assimilation des enfants aux esclaves nous choque et nous répugne, n'oublions pas que, dans les temps anciens où l'institution a été formulée, l'esclave attaché à la culture partageait les travaux de son maître, et souvent était son commensal. Quand plus tard la propriété des esclaves, devenue un objet de luxe et de spécu-

lation, eut pris un accroissement démesuré, l'assimilation des enfants aux esclaves n'eut plus de sens, et fut en contradiction avec les mœurs. On oublia de modifier, de mettre en harmonie avec les nouveaux besoins la condition des esclaves et des affranchis, et ce fut précisément là une des grandes plaies de l'état social chez les Romains.

A la *potestas* se rattachent encore la manumission, c'est-à-dire, la faculté réservée au maître d'affranchir l'esclave, ce qui, dans la règle, entraînait pour lui le droit de cité, puis le *liberale judicium*, c'est-à-dire, la *vindicatio in servitutem* ou *in libertatem*, action qui donnait à la *potestas* la même protection que la revendication ordinaire au *dominium*. — Une chose différente de tout ce qui précède est pour l'esclave l'incapacité de droit presque absolue, incapacité qui persiste là où manquent, par une circonstance accidentelle, le *dominium* et la *potestas* : je veux parler des *servi sine domino*. Ainsi, bien que l'institution de l'esclavage eût été conçue et développée en vue de l'autorité du maître, on admettait un esclavage en soi comme un état qui continue de subsister et de produire ses effets, quand même l'esclave se trouve accidentellement sans maître (*a*).

(*a*) Étaient esclaves sans maîtres : 1° le *servus pœnæ*, qui

3) *Patronatus*. L'affranchissement donne la liberté à l'esclave, et lui assure, parmi les hommes libres, un rang plus ou moins élevé selon les circonstances. Mais entre le patron et l'affranchi existe un rapport personnel, qui prend le caractère d'un rapport de famille de même que la constitution de la famille avait servi de type originaire à l'esclavage. Le patronage exerçait

n'était pas la propriété de l'État. L. 17, pr. de pœnis (XLVIII, 19), L. 3, pr. de his qui pro non ser. (XXXIV, 8), L. 12, de j. fisci (XLIX, 14), L. 25, § 3, de adqu. hered. (XXIX, 2); — 2° le Romain prisonnier chez l'ennemi; car l'ennemi, n'ayant pas la capacité du droit, ne pouvait avoir ni *potestas*, ni *dominium*; — 3° l'affranchi, dont un tiers avait acquis l'usufruit avant l'affranchissement. Ulpian., I, § 19 (L. 1, C. comm. de manumiss., VII, 15); — 4° l'esclave abandonné par son maître. L. 38, § 1, de nox. act. (IX, 4), L. 36, de stip. serv. (XLV, 3), L. 8, pro derelicto (XLI, 7). Un édit de Claude porte que l'esclave malade, inhumainement abandonné par son maître, acquiert la latinité; mais c'est là une disposition spéciale du droit pôsitif. L. 2, qui sine manum. (XL, 8), L. un., § 3, C. de lat. libert. (VII, 6). La règle continua toujours de subsister. — La condition du *servus pœnæ* était plus dure que celle du *servus fisci*; aussi était-ce pour le condamné une grâce que de devenir *servus fisci*, et tel était le sort de l'enfant dont la mère avait été condamnée au travail des mines. L. 24, § 5, 6, de fideic. lib. (XL, 5). D'un autre côté, l'esclave sans maître ne pouvait jamais devenir un affranchi, s'il obtenait la liberté, — le condamné au moyen de la restitution, le prisonnier en vertu du *post liminium*, — il redevenait *ingenuus*. Paulus, IV, 8, § 24.

sur le droit des biens une grande influence, puisque les successions et les obligations s'y rattachaient par une multitude de liens. Ici se présentent, en outre, les institutions du droit criminel destinées à maintenir la haute position du patron vis-à-vis de l'affranchi.

4) *Mancipii causa*. Dans les temps anciens, la puissance du père sur les enfants se distinguant à peine de la propriété, le père pouvait vendre ses enfants, et le mari sa femme *in manu*, assimilée à une fille. Mais les personnes libres ainsi aliénées étaient, vis-à-vis de leurs nouveaux maîtres, dans une condition plus douce que les esclaves proprement dits. Leur état s'appelait *mancipii causa*, état intermédiaire entre la liberté et l'esclavage ; mais s'il cessait par l'affranchissement, le patronage différait peu du patronage ordinaire sur les esclaves. Les personnes ainsi aliénées ne peuvent être propriétaires, et acquièrent pour leur maître : en cela seulement elles sont tout à fait assimilées aux esclaves. — Ces rapports de droit ont été développés et conservés comme symboles pour la dissolution de la puissance paternelle, à une époque où la vente sérieuse des enfants était depuis longtemps tombée en désuétude, et même punie par les lois.

5) *Tutela* et *curatio*. Le point central de cette institution est évidemment la tutelle des impubères, qui nous apparait comme subrogation de

la puissance paternelle, là où cette puissance vient par hasard à manquer. Reste seulement à déterminer comment cette subrogation doit être entendue. D'abord le pupille ne représente pas la personnalité du tuteur comme le fils représente la personnalité du père. Quant aux rapports d'éducation, ils sont aussi en dehors de la tutelle, et ne s'y trouvent qu'accidentellement réunis; mais voici le véritable caractère de cette subrogation. Tant qu'un propriétaire est impubère, il ne peut administrer ses biens, il est incapable d'agir. Pour la plupart des impubères nulle difficulté, car, placés sous la puissance du père, tous les biens qui peuvent leur échoir se confondent avec les biens du père, et l'impubère n'est jamais propriétaire (§ 54); en d'autres termes, son impuissance d'agir répond à son incapacité du droit. Mais il n'en est pas de même de l'impubère orphelin qui peut être propriétaire. Entre la capacité du droit et l'incapacité d'agir existe une dissonance qu'une institution subsidiaire du droit positif doit résoudre artificiellement. Là seulement se trouve la base fondamentale de la tutelle, car là seulement se révèle un besoin naturel, ordinaire, important et général. Les autres cas de la tutelle, et la curatelle tout entière, sont des développements successifs appliqués à des besoins semblables, mais tous ont pour caractère commun de sup-

pléer artificiellement à un rapport rigoureusement déterminé par la *potestas* ou la *manus*. — Ces divers rapports ont un double contenu juridique; ils subviennent à l'incapacité d'agir d'un individu ayant la capacité du droit, puis, à une époque déterminée, ils se changent en obligations entre le ci-devant pupille et l'ancien tuteur ou curateur.

Les cinq institutions que je viens d'énumérer formaient, du temps des jurisconsultes classiques, toutes les extensions artificielles du droit de la famille. Sous le règne de Justinien on aurait dû y ajouter le colonat, institution importante et déjà anciennement établie. Elle consistait dans l'obligation héréditaire et perpétuelle de cultiver une certaine portion de terre, et quoique ayant des analogies avec la *servitus*, elle en différait essentiellement (*b*). Les Institutes n'en parlent pas, mais on ne saurait expliquer leur silence que par l'inertie scientifique des esprits au siècle où vivait Justinien. Au lieu d'une exposition originale du droit vivant, on se contenta d'apporter quelques modifications aux ouvrages de la jurisprudence classique, et, sauf un petit nombre de cas exceptionnels, on ne sortit pas du cercle de leurs objets.

(*b*) Savigny, über den Römischen Colonat., Zeitsch. f. gesch. Rechtsw., vol. VI, N. IV.

Les rapports artificiels de la famille sont, pour les points capitaux, assimilés aux rapports naturels (§ 54); ainsi ce sont des rapports de droit à faire valoir contre quiconque les attaque, et protégés par les *præjudicia* (*c*).

J'emploie les expressions de rapports naturels et artificiels pour caractériser plus nettement les diverses parties du droit de la famille, et bien distinguer celles qui appartiennent au *jus naturale*. Afin de prévenir toute méprise, je dois dire que les Romains attribuaient une nature très-différente aux institutions que j'appelle artificielles. Pour la *manus* et la *mancipii causa*, il faut reconnaître que ce sont des institutions particulières au droit romain, parties de leur *jus civile*, et l'on pouvait en dire autant du patronage. Mais ils regardent comme appartenant au *jus gentium* la tutelle des impubères (*d*) et l'esclavage, institution commune à tous les peuples de l'antiquité (*e*). Il est curieux de voir combien le christianisme a modifié là-dessus les idées du droit. Aucun philosophe de l'antiquité ne concevait un État sans esclaves: aujourd'hui, dans aucun État chrétien de l'Europe, on n'admet la possibilité de l'esclavage, et pour l'Améri-

(*c*) § 13, J. de act., IV, 6.

(*d*) Gaius, I, § 189.

(*e*) L. 1, § 1, de his qui sui (I, 6), § 1, J. eod. (I, 8).

que, la question de son abolition est une des luttes les plus sérieuses réservées à la génération future.

Aux rapports de famille que je viens d'exposer se lient étroitement deux autres matières, la représentation comme moyen d'acquérir, et les divers degrés de la capacité du droit.

La représentation comme moyen d'acquérir (§ 113) tient à la *potestas*, *manus*, *mancipium*, c'est-à-dire, à trois, ou plutôt à quatre rapports de famille différents. Mais chaque autre rapport de famille n'exerce pas une pareille influence, notamment le mariage en lui-même, la parenté, le patronage et la tutelle. L'exposition qui précède est donc loin d'avoir épuisé le droit de la famille.

La capacité du droit dont je traiterai avec détails (§ 64, *sq.*), repose sur trois classifications de l'homme auxquelles répondent trois degrés de la *capitis diminutio*. Les hommes sont *liberi* ou *servi*, *sui juris* ou *alieni juris*, et ces deux classifications se rattachent aux rapports de famille décrits précédemment; mais il est une troisième espèce de classification (*cives*, *latini*, *peregrini*) étrangère aux rapports de famille et même en dehors du droit privé. D'un autre côté, plusieurs rapports de famille, — le mariage en lui-même, la parenté, le patronage et la tutelle, — n'influent nullement sur la capacité du droit. La capacité

du droit et le droit de la famille ne sont donc pas identiques, ce sont deux matières entièrement distinctes.

Il me reste à marquer le développement historique des institutions appartenant au droit de la famille. Quand Justinien parvint à l'empire, la *manus* et la *mancipii causa* n'existaient plus depuis longtemps. L'Europe moderne, en adoptant le droit romain, n'accepta ni l'esclavage, ni le patronage. Le colonat romain ne pouvait pas non plus s'établir d'une manière durable, car il fut entièrement remplacé par une institution germanique à peu près semblable, la servitude de la glèbe. Aussi en Italie et en France le colonat tomba en désuétude, et en Allemagne il ne fut pas reçu avec le droit romain. De toutes ces institutions il ne reste donc, dans le droit actuel, que le mariage, la puissance paternelle, la parenté et la tutelle.

D'un autre côté, depuis le moyen âge, plusieurs institutions nouvelles ont pris naissance au sein du droit germanique. Dans ces institutions, comme dans les institutions romaines, l'élément moral domine, et si l'on veut apprécier justement leur nature, il faut rapporter les unes au droit de famille, les autres au droit public, du moins pour partie. Ce sont le système des fiefs, les rapports nombreux existant entre les paysans et les seigneurs, surtout la servitude de la glèbe dont j'ai déjà

parlé. Nous n'essayerons donc pas de donner sur les limites du droit de la famille une définition applicable à tous les temps et à tous les peuples, nous reconnaîtrons plutôt que chaque droit positif peut se développer librement. On trouve un exemple remarquable d'un semblable développement dans une des matières les plus usuelles du droit moderne, celle qui règle nos rapports avec les serviteurs à gages. Le droit romain considère la chose simplement comme un contrat (*operæ locatæ*), et ce principe général suffisait aux Romains qui, à cause du grand nombre de leurs esclaves, avaient rarement besoin d'employer des serviteurs libres. Mais aujourd'hui qu'il n'y a plus d'esclaves, ce besoin est devenu très-général et très-important. Aussi cette matière ne peut plus être traitée comme un autre louage de travail, et c'est avec raison que le Code prussien la range sous le titre du droit des personnes, et non parmi les contrats (*f*).

§ LVI. *Droit des biens.*

On a vu précédemment (§ 53) que le droit des biens avait deux objets, les choses et les actes de l'homme. Telle est aussi la base de sa grande division en deux classes, le droit des choses et le

(*f*) All. L. R., II, 5.

droit des obligations. La première s'occupe de la possession, c'est-à-dire, la domination réelle des choses. En droit, la forme la plus simple et la plus complète est sa propriété, ou l'empire exclusif et absolu d'une personne sur une chose. Mais pour donner une idée claire de la propriété dans son essence, quelques considérations générales sont indispensables. Tout homme se sent appelé à dominer la nature non libre, mais en même temps il reconnaît aux autres hommes une destinée semblable; de là résulte, lorsque deux individus se trouvent en présence, la nécessité d'un accommodement qui ne peut s'effectuer qu'en assignant à chacun ses limites. La communauté de l'État répond à ce besoin de délimitation par le droit positif. L'État ainsi envisagé, comme embrassant sous sa domination toute la nature non libre contenue dans ses frontières, les citoyens nous apparaissent comme associés à ce pouvoir, et la difficulté consiste à trouver une règle qui fasse la part de chaque individu. Pour opérer ce partage, il existe trois moyens non exclusifs les uns des autres, mais qui peuvent en quelque sorte se combiner et s'employer simultanément. On peut les caractériser de la manière suivante :

1. Propriété commune et jouissance commune. Tel est le caractère que présentent les revenus de l'État, soit qu'ils consistent en impôts, en droits

régaliens ou en produits de domaines, car tous les citoyens participent plus ou moins également à la jouissance des établissements publics que ces revenus entretiennent.

2. Propriété publique et jouissance privée. Ce mode de partage, le plus rare de tous, se rencontre dans l'ancien *ager publicus* des Romains, et dans les corporations modernes pour les biens dont la ville a la propriété et les citoyens la jouissance.

3. Propriété privée et jouissance privée, subordonnées aux actes libres reconnus par le droit privé et aux lois de la nature extérieure. Cette forme, que nous voyons universellement reproduite, est la seule dont s'occupe le droit privé. Telle est la propriété considérée dans son essence: son principe absolu n'admet aucunes limites de richesse ou de pauvreté.

En dehors de la propriété on ne saurait concevoir la domination de l'individu sur la nature non libre; mais dans le cercle de la propriété on peut concevoir une foule d'espèces de dominations plus restreintes et circonscrites par le droit positif, formant autant de *jura in re*, d'institutions particulières. Tous les droits possibles sur les choses, — la propriété et les *jura in re*, — sont compris sous le nom général de *droits réels* (*a*).

(*a*) Je donne ici cette phraséologie générale, pour préve-

La domination restreinte que nous exerçons sur les actes des autres hommes fait la matière du droit des obligations, et là se trouvent réglées et formulées toutes les relations qu'embrasse le nom générique de commerce. Or, tous les actes de l'homme ne se prêtent pas également à devenir l'objet des obligations, mais seulement ceux qui, par leur nature matérielle, sont, pour ainsi dire, extérieurs à la personne, et peuvent être traités comme des choses.

Ces divers caractères réunis, et comparés au droit de la famille, nous offrent un contraste profondément marqué. La matière du droit des biens n'est pas, comme celle du droit de la famille, un rapport naturel-moral; les institutions du droit des biens n'ont pas une double nature, ce sont de simples, de purs rapports de droit; aussi leur reconnaissance est-elle chose moins nécessaire, plus arbitraire, plus positive que la reconnaissance des institutions du droit de la famille, et n'appartient pas au *jus naturale*. Ensuite, on ne peut avoir d'incertitude sur la distinction de leur élément juridique, car si elles doivent étendre la liberté de l'individu (§ 53), ce pouvoir, cette domination qu'elles nous assu-

nir tout malentendu. J'approfondirai ce sujet, et j'énumérerai les différents *jura in re* dans le livre consacré au droit des choses.

rent, forment précisément leur contenu comme institutions de droit.

J'ai dit que le droit des biens, à la différence du droit de la famille, ne renfermait pas d'élément moral, et peut-être on m'objectera que la loi morale devant diriger tous les actes de l'homme, cette espèce de rapports ne peut manquer d'avoir aussi une base morale. Or, cette base existe en réalité, car le riche ne doit regarder sa richesse que comme un dépôt confié à ses soins; mais ce point de vue est tout à fait hors du domaine du droit, et la différence peut s'expliquer ainsi. Les règles du droit régissent seulement une partie des rapports de famille, l'autre est exclusivement abandonnée aux influences morales. Pour les rapports des biens, la règle juridique règne sans partage et sans aucun égard à l'usage moral ou immoral que l'on peut faire du droit. Aussi le riche peut refuser son assistance au pauvre, ou l'opprimer inhumainement par la poursuite rigoureuse de ses créances, et les remèdes à ce mal se trouvent, non dans le droit privé, mais dans le droit public; ce sont les établissements de charité pour lesquels le riche est contraint de contribuer indirectement. On doit donc admettre en principe que le droit des biens, considéré comme institution du droit privé, ne renferme aucun élément moral; et mettre dans son jour véritable la nature de ce droit,

ce n'est pas là dénier l'autorité absolue des lois morales (*cf.* § 52).

Au premier abord, les deux parties du droit des biens semblent si nettement séparées par la diversité de leur objet, qu'on croirait devoir retrouver cette division partout la même. Néanmoins, en examinant la chose plus attentivement, on reconnait qu'il y a là une place assez large à de nombreuses différences dans les règles du droit positif chez les différents peuples : elles peuvent tenir à la délimitation même du droit des choses et des obligations, ou au rapport de dépendance que l'on établit entre les deux parties du droit.

Quant à la délimitation du droit des choses et des obligations, il y a deux points extrêmes où la diversité de leur nature ne saurait être méconnue : ce sont, d'un côté, la propriété absolue avec la revendication illimitée ; de l'autre, le contrat entre le maître et le serviteur à gages, et le mandat. Mais entre ces deux extrêmes il y a des points de contact naturels, des rapprochements insensibles, car la plupart des obligations, et les plus importantes, ont pour objet d'arriver, par l'intermédiaire d'une personne étrangère, à un droit réel, ou du moins à l'exercice, à la jouissance de ce droit (*b*). Ici le droit romain, et c'est

(*b*) C'est-à-dire, toutes les *dandi obligationes*. — Tel est le

un de ses traits caractéristiques, dessine nettement la propriété en lui attribuant un droit de revendication absolue (*c*), et en n'admettant qu'un petit nombre de *jura in re* susceptibles de la restreindre (*d*). Tout se réduit à bien distinguer si notre droit a pour objet immédiat et direct une chose prise en elle-même, indépendamment des actes d'un tiers, ou seulement un acte déterminé d'une personne étrangère, quel que soit d'ailleurs le but de cet acte, soit qu'il doive nous procurer un droit à une chose ou à la jouissance de cette chose. L'*actio in rem* et l'*actio in personam* répondent à cette distinction (*e*), et

principe de la division adoptée par plusieurs auteurs modernes, des obligations (jura personalia) en jura personalia in specie, et jura *ad rem*. Daries, Inst. Jurisp. priv., § 31. — De même, le Code prussien (Th. 1, tit. 2, § 123, 124) admet le droit personnel comme genre, et le droit à une chose comme espèce.

(*c*) Le Code français, au contraire, rejette en principe la revendication des choses mobilières; il ne l'admet que dans certains cas exceptionnels. De même le Code prussien donne sans distinction, à l'acquéreur de bonne foi, le droit de réclamer le prix de la vente contre le propriétaire.

(*d*) Le droit romain n'admet de *jura in re* que dans des cas spécialement déterminés. Le droit prussien, au contraire, reconnaît comme *jus in re* la jouissance de la chose d'autrui, accompagnée de la possession, quelle qu'en soit d'ailleurs l'occasion ou le but.

(*e*) Cela ne veut pas dire que ces deux espèces d'actions correspondent précisément à la division du droit des choses

c'est à tort qu'en définissant ces deux actions on leur donne, non pour caractère général, mais pour caractère unique, d'être dirigées l'une contre un adversaire déterminé, l'autre contre tout adversaire possible (*f*).

La dépendance réelle existant entre les deux parties du droit des biens peut être obscurcie par l'incertitude de leurs limites. Le droit romain les distingue nettement, circonscrit chacune d'elles dans son domaine spécial, et la traite

et des obligations; car il y a des *actiones in rem* fort importantes qui ne rentrent pas dans le droit des choses. Mais toute action fondée sur un droit réel est *in rem ;* toute action fondée sur une obligation est *in personam.* L'exposition approfondie de cette matière appartient à une autre partie de mon ouvrage.

(*f*) L'*actio in rem* peut être dirigée contre tout détenteur quelconque; l'*actio in personam*, contre certaines personnes déterminées, et cette distinction est ordinairement représentée comme signe caractéristique essentiel de ces deux espèces d'actions. Mais l'*actio quod metus causa* étant *in rem scripta*, peut être dirigée contre un tiers quelconque, et n'en demeure pas moins une *actio in personam.*—Au reste ce sont là de rares exceptions, et l'on peut dire, en général, que les droits réels et les obligations se distinguent, en ce que les uns lient tous les hommes, les autres, certains individus. Une conséquence de ce principe, vrai dans sa généralité, c'est que les droits réels, opposables à tout adversaire et agissant dans un cercle plus large que les obligations, ont aussi une nature plus rigoureusement déterminée, et contiennent plus de droit absolu ou droit public (§ 16).

comme indépendante de l'autre. Ainsi il pose isolément la propriété comme l'empire absolu sur les choses, sans égard à l'obligation qui quelquefois sert d'intermédiaire pour l'acquérir; l'obligation comme l'empire sur un acte déterminé d'un tiers, sans égard au droit réel qui peut résulter de cet acte. Cette méthode est conforme à la réalité des choses, mais on peut s'en écarter de deux manières. Si, n'envisageant que les obligations, on regarde les droits réels comme leurs conséquences et leurs développements (*g*), ou si, au contraire, prenant les droits réels pour objet exclusif des règles du droit, on ne considère les obligations que comme moyens d'acquérir les droits réels (*h*), chacun de ces points

(*g*) C'est ce que fait Domat (Lois civiles). Il divise tout le droit en *engagements* et *successions*. Les engagements sont les obligations, à côté desquelles l'auteur place les droits réels, comme conséquences ou confirmations.

(*h*) Ainsi le Code français est divisé en trois livres : I, des personnes; II, des choses et des modifications de la propriété; III, des moyens d'acquérir la propriété. Ces moyens sont au nombre de trois : 1° les successions, c'est-à-dire, les successions *ab intestat;* 2° les donations entre-vifs et les testaments; 3° l'effet des obligations (art. 711). — Mais la prédominance de la propriété est ici purement apparente, car le second livre est fort court, tandis que le troisième renferme la plupart des matières du droit privé, et la prédominance de la propriété ne se montre que dans le titre du livre.— Le Code prussien n'envisage aussi les contrats et les testaments que

de vue forcé et exclusif dénature la vérité des rapports de droit; ensuite il est plusieurs matières qui leur échappent entièrement, et que l'on devrait rayer du droit, si l'on suivait rigoureusement les conséquences logiques du principe fondamental (*i*).

Maintenant, dans les applications particulières, on appelle *biens* la totalité des rapports énumérés ci-dessus, en tant qu'elle s'applique à une personne déterminée, envisagée comme sujet. Cette idée importante de droit se précise par les considérations suivantes. D'abord la relation de ces droits à une personne déterminée est accidentelle et variable, car les biens n'ont de limites précises que dans un moment précis de la durée, et dans un autre moment peuvent avoir de tout autres limites. Ensuite, pour l'appréciation générale des biens d'un individu, nous pouvons faire abstraction de la nature spéciale de chaque droit particulier, et par là réduire notre observation à une quantité pure d'éléments

comme moyens d'acquérir la propriété (Th., I, tit. 11, 12, 13).

(*i*) Ainsi, dans la classification de Domat, il n'y a pas, logiquement parlant, de place pour l'occupation et la spécification. Le Code prussien et le Code civil considèrent le mandat comme moyen d'acquérir la propriété, quoique, dans la généralité de sa nature, le mandat puisse s'appliquer à bien d'autres objets.

identiques. Les biens pris ainsi abstractivement peuvent et doivent embrasser les obligations passives qui restreignent la liberté de l'individu au lieu de l'étendre. Les dettes une fois rangées parmi les biens, la totalité des biens d'un individu peut donner pour résultat une quantité positive, négative ou indifférente, c'est-à-dire, se réduire à zéro.

Cette idée abstraite des biens, indispensable pour l'étude complète du droit, se traduit par l'idée de la *valeur*, qui nous permet de résoudre les divers éléments constitutifs des biens en les réduisant à un dénominateur commun. L'idée de valeur elle-même se manifeste dans la vie réelle sous la forme de la monnaie, de sorte que, dans le langage du droit, valeur et valeur pécuniaire sont des mots synonymes pris indifféremment l'un pour l'autre (*k*). Les biens d'un individu se résoudront dès lors en une quantité

(*k*) L'ancienne procédure romaine fait ressortir d'une manière palpable cette réduction des droits les plus divers à la valeur monétaire. Gaius, IV, § 48. — Hegel, Naturrecht, § 63, donne, de la valeur et de la monnaie, une définition juste, mais incomplète; car il n'admet qu'une valeur de propriété ou de vente, ce qui exclut la valeur de la jouissance d'une chose et la valeur en soi d'une chose inaliénable, et à bien plus forte raison la valeur du travail, dont l'auteur ne fait même pas mention. De semblables restrictions ôtent à l'idée de valeur la plus grande partie de son utilité.

pure, si nous résolvons en la propriété d'une somme d'argent toutes ses parties constitutives, —c'est-à-dire, les propriétés de toute nature, tous les *jura in re*, la simple jouissance d'une chose (eu égard à la durée de cette jouissance), enfin, les obligations, c'est-à-dire, les dettes et les créances quel que soit leur but, l'obtention d'une chose ou seulement sa jouissance (*dare, facere*). Par là encore la pure *faciendi obligatio* se ramène à une véritable propriété (*l*), et les biens d'un individu représentent une somme d'argent comme propriété ou comme dette non acquittable, ou sont égaux à zéro. La remarque faite au commencement de ce paragraphe, que tous les actes de l'homme ne sont pas susceptibles de devenir la matière d'une obligation, prend ici un sens déterminé : ce sont ceux que la pensée ne saurait convertir en une somme d'argent, ou du moins ces actes ne peuvent donner lieu qu'à des obligations imparfaites.

L'unité attribuée ici aux biens repose sur la personne de celui qui les possède. Ce principe général, une fois adopté, peut souffrir des res-

(*l*) Je ne parle pas ici des conséquences pratiques de cette possibilité. En traitant des obligations, j'aurai à examiner si cette substitution est toujours facultative pour le débiteur, ou si ce n'est qu'un moyen subsidiaire pour les cas où l'accomplissement de l'obligation primitive est devenu impossible.

trictions artificielles en vue d'un but déterminé, et alors on lui substitue une unité arbitraire. Je citerai pour exemples le pécule et la dot que l'on peut considérer comme autant d'unités de biens adaptées à un but spécial (*m*). On désigne souvent ces cas sous le nom de *universitas juris*. Le mot *universitas* est bien choisi, car il désigne ordinairement un tout par opposition à ses parties constitutives (*n*); *universitas juris* est une phraséologie étrangère aux jurisconsultes romains, mais cè qui importe davantage et doit être formellement condamné, c'est que l'on est parti de cette nouvelle expression technique, pour attribuer à ces différents cas une nature commune, et les soumettre à des règles arbitraires. Chacun d'eux, au contraire, a des caractères spéciaux qu'il faut soigneusement déter-

(*m*) A ces deux cas il faut en ajouter un beaucoup plus important, la succession, mais que je renvoie au prochain paragraphe.

(*n*) On emploie cette expression sans distinguer si les parties constitutives de l'*universitas* sont des personnes (par ex., une corporation), ou des choses (un troupeau, une bibliothèque), ou des droits (un pécule, une dot). Quant à l'*universitas* des choses, on ne distingue pas si ses parties ont ou non une unité corporelle (une maison, par opposition aux pierres et aux solives, ou un troupeau); on ne distingue pas davantage si l'unité corporelle est l'ouvrage de la nature ou de l'homme (un animal, une plante, par opposition à leurs diverses parties; ou une maison).

miner, et auxquels répondent autant de règles spéciales (*o*).

§ LVII. *Droit des biens. Suite.*

J'ai dit (§ 53) que les rapports de famille et les rapports des biens avaient, dans la réalité, une foule de points de contact qui, pour chaque classe de rapports, donnent naissance à des développements particuliers. Ainsi, pour le droit de la famille, l'esclavage a été institué d'après un cas de la communauté de propriété au sein de la famille; la *potestas* dérive du *dominium* et partage toutes ses destinées, comme le prouve la faculté illimitée d'aliéner les esclaves et de les transmettre à ses héritiers. D'un autre côté, le patronage et le *mancipium* dérivent de l'esclavage : la tutelle n'a de sens et de but que relativement aux biens. Le colonat se rattache tout entier à un rapport obligatoire dont il suit les destinées; c'est ainsi, par exemple, qu'il se transmet aux héritiers du maître.

La famille exerce sur les biens des réactions semblables. La première et la plus immédiate consiste dans la liaison étroite existant entre certains rapports de famille et plusieurs institu-

(*o*) Ce sujet est très-bien traité par Hasse, über Universitas juris et rerum, Archiv., vol. V, N. 1.

tions du droit des biens. En effet, il est des droits réels et des obligations qui, par leur forme et le mode de leur développement, supposent nécessairement des rapports de famille déterminés. L'ensemble de ces matières s'appelle *le droit de famille appliqué*, et c'est précisément ce droit qui donne à la famille son caractère juridique (§ 54).

En outre, le droit des biens, dans le cercle même de son domaine, admet et appelle impérieusement un développement nouveau, *le droit de succession*, dont je vais définir le sens.

Les biens, considérés comme extension du pouvoir de l'individu, sont un attribut de sa personnalité. Or, la personnalité de l'homme étant temporaire, les biens de chaque individu devraient, à sa mort, perdre leur signification juridique, et, comme tels, disparaître avec lui. Mais, en général, chaque droit s'achève et se réalise au sein de l'État, comme faisant partie de son droit positif. Ainsi, la propriété trouve d'abord son existence réelle dans l'État qui la règle par le droit positif, et, de là, elle se partage entre les citoyens comme propriété privée (§ 56). Si l'on fait ici l'application de ce principe, on voit que si, à la mort de l'individu, ses biens cessent d'être l'attribut de sa personnalité, ils ne perdent pas pour cela leur caractère de propriété, puisqu'ils tiennent par leur base fondamentale à l'État qui

ne meurt pas. De même que le droit peut régler de différentes manières l'empire de l'homme sur la nature non libre, il peut aussi, à la mort de l'individu, régler ses biens de différentes manières pour les rattacher sans interruption à l'organisme général.

Il peut d'abord conserver à la propriété de ses biens son caractère de propriété privée, en faisant, par une espèce de fiction, survivre la personnalité de l'ancien propriétaire, et cela de deux manières. La volonté de l'individu, exprimée de son vivant, peut continuer à régir ses biens après sa mort (testament, dispositions pour cause de mort) : ceux qui tenaient de plus près à la personne du propriétaire décédé peuvent continuer la propriété (successions *ab intestat*), et ici la parenté qui perpétue la personnalité de l'individu doit avoir une grande influence (§ 53).

Ensuite, la propriété privée peut, après la mort du propriétaire, devenir propriété publique. Cette pratique se rencontre souvent chez les Orientaux; mais on la retrouve aussi chez les nations chrétiennes de l'Europe, quoique fort restreinte. Ainsi, partout où il y a des droits de succession à payer, l'État entre en partage avec les héritiers.

La première manière de résoudre le problème est la seule dont je m'occuperai, moins parce que le droit romain n'en reconnaît pas d'autre,

que parce que seule elle rentre dans le droit privé, objet exclusif de mon ouvrage. Il s'agit d'abord de déterminer selon quelles formes juridiques doit s'opérer cette transmission de la propriété privée; et ici les différences que l'on peut rencontrer ne tiennent pas à différents principes entre lesquels il faille choisir, mais à l'intelligence plus ou moins profonde de la question, à sa solution plus ou moins complète. On pourrait concevoir une législation qui partagerait toutes les parties de l'hérédité représentant une valeur entre tous les individus appelés à l'hérédité, et cela suffirait pour le besoin immédiat de la pratique. Mais si l'on envisage le rapport de droit dans son essence et dans ses conséquences nécessaires, on voit qu'il faut considérer l'hérédité comme une unité dont la base se trouve dans la personne du défunt, ce qui nous ramène à prendre l'hérédité comme quantité pure, abstraction faite de la diversité de ses éléments (§ 56). Ce principe se traduit ainsi dans le langage de la science : toute succession est une *successio per universitatem*, ce qui n'empêche pas que, subsidiairement et par exception, certaines parties des biens ne forment une succession particulière (*a*). L'histoire du droit romain nous offre

(*a*) J'emploie ici ces expressions provisoirement; je me réserve d'en préciser le sens quand je traiterai du droit de succession.

ici un fait bien remarquable : les Romains, guidés par la rectitude de leur esprit pratique, ont vu clairement ce principe et l'ont appliqué sainement bien avant que la science eût pu s'emparer de l'institution (*b*).

De ce qui précède il résulte que deux points de vue également vrais, également importants, dominent tout le droit de succession. D'abord la succession nous apparaît comme moyen d'acquérir l'ensemble des droits qui composent les biens d'un individu, *adquisitio* per universitatem (*c*). Ensuite, la matière de la succession est

(*b*) Je suis loin de prétendre que, dès les premiers temps, les Romains eussent conçu et posé ce principe sous sa forme abstraite; mais la pratique nous donne une occasion de juger si l'on a compris ou non son sens véritable, ce sont les obligations et les dettes dépendant d'une succession. Or, les prescriptions des XII Tables, sur ce sujet, étaient si sages et si complètes, que la science du droit, parvenue à son plus haut développement, n'eut rien à y changer. Ainsi, les rédacteurs des XII Tables avaient déjà une idée précise de la *successio per universitatem*. Cf. L. 6, C. fam. herc. (III, 36), L. 25, § 9, 13, eod. (X, 2), L. 7, C. de her. act. (IV, 16), L. 26, C. de pactis (II, 3).

(*c*) Dans Gaius, et par conséquent dans les Institutes de Justinien, la place donnée au droit de succession a été déterminée uniquement par ce point de vue exclusif. Le vice de cette classification incomplète se montre déjà, en ce qu'elle représente la succession comme moyen d'acquérir la propriété. Or, ce moyen d'acquérir s'applique aux obligations ni plus ni moins qu'à la propriété.

un droit particulier, indépendant de tout autre, une *universitas* (*d*), comme le montre la nature particulière d'actions assignée à l'exercice de ce droit. Ces deux points de vue se confondent dans la fiction qui identifie les héritiers à leur auteur, comme continuant et représentant sa personnalité. Par là, le rapport originaire se trouve renversé. Dans ce rapport l'homme était la substance, l'ensemble des biens, l'accident, puisqu'il modifiait la liberté pour l'étendre; ici, au contraire, les biens sont la chose essentielle et persistante dont chaque propriétaire successif est passagèrement détenteur.

Jusqu'ici j'ai considéré les biens comme unique objet du droit de succession, ce qui implique l'exclusion des rapports de famille. Ainsi, l'hérédité comprend la propriété et les obligations; elle ne comprend ni le mariage, ni la puissance paternelle, ni la parenté. Mais les institutions artificielles du droit de la famille se rattachant à un droit qui régit les biens, suivent le sort de ce droit (§ 55). Ainsi l'hérédité comprend les esclaves comme toutes les autres parties de la propriété, les colons avec le domaine auquel ils sont attachés.

(*d*) C'est pourquoi les auteurs modernes appellent l'hérédité *universitas juris*. A cette expression moderne se rattache plus d'une erreur assez grave, sur le fond même du sujet (§ 56).

Le droit de succession complète et achève l'organisme du droit en l'étendant au delà de la vie des individus. Comparé au droit des biens, défini plus haut, le droit de succession nous apparaît, non comme inférieur, mais comme coordonné. Au point de vue où nous sommes placés, l'ensemble du droit des biens se divise en deux parties, l'une contemporaine, l'autre successive. La première embrasse les conditions d'après lesquelles un individu peut régler ses biens pour un temps donné (le droit des choses et le droit des obligations); dans cet intervalle même des changements peuvent intervenir, mais ce sont là des accidents étrangers à l'essence des biens. La seconde nous montre le changement comme conséquence nécessaire de la mort de l'individu, car sa personnalité formait la base et le contenu même du rapport de droit.

§ LVIII. *Coup d'œil général sur les institutions du droit.*

Dans l'exposé systématique qui précède, j'ai classé les institutions du droit d'après leurs caractères essentiels, c'est-à-dire, leurs rapports organiques avec la nature même de l'homme. Comparé à ces caractères essentiels, tout autre rapport est nécessairement secondaire et ne doit pas figurer à la base d'un système général du

droit. Parmi les rapports secondaires se présente d'abord l'objet des rapports du droit, c'est-à-dire, la chose soumise à notre volonté (*a*). Mais ce rapport n'a de réalité que si on regarde l'empire de la volonté comme base fondamentale des rapports de droit, et alors on se demandera naturellement quel est l'objet soumis à son empire. Ce rapport peut donc être admis comme subdivision du droit des biens (§ 56), non comme division principale, puisqu'elle ne convient pas au droit de la famille (§ 54). — Un autre rapport secondaire est la position de la personne investie d'un droit vis-à-vis des autres personnes, car tantôt son droit lie toutes les personnes étrangères, tantôt il ne lie que des individus déterminés. Sous ce point de vue, les institutions du droit sembleraient devoir se classer ainsi :

1) Envers tous les hommes, — les droits réels et le droit de succession.

2) Envers des individus déterminés, — les rapports de famille et les obligations.

Ici se montre, entre la famille et les obligations, une analogie apparente qui a trompé plus d'un auteur. Ce qui fait la fausseté de l'analogie, c'est que, dans ces deux cas, le rapport entre les individus est d'une nature toute différente. Dans

(*a*) C'est ainsi que l'objet du droit est très-bien défini par Puchta, Rhein. Museum, vol. III, p. 298.

l'obligation, il s'agit de la soumission partielle d'un individu à un autre individu; dans la famille, un rapport naturel-moral et aussi juridique unit les individus pour toujours, et le rapport de droit, au lieu de n'avoir pour objet que la soumission partielle d'un individu, est un lien de famille que tous les hommes doivent reconnaître et respecter (§ 54). Ainsi donc, il n'y a là aucune affinité réelle, mais seulement une analogie accidentelle et extérieure (*b*).

D'après la classification précédemment suivie, et en éliminant tout ce qui est étranger au droit romain actuel, voici l'ordre dans lequel nous apparaissent les diverses institutions du droit :

Mariage, Puissance paternelle, Parenté, Tutelle,	droit de la famille pur.

(*b*) On saisirait mal ma pensée si l'on croyait que je regarde ici la famille comme formant un lien moins étroit entre les individus que les obligations. La famille, au contraire, affecte l'homme tout entier dans les profondeurs de son être; l'obligation n'atteint que l'extérieur de l'individu obligé, des actes que l'on peut regarder comme en dehors de sa personne (§ 56). Le lien établi par la famille n'est donc pas moins étroit que celui des obligations, mais d'une nature différente. La domination et la dépendance, qui constituent l'essence de l'obligation, sont beaucoup trop matérielles pour la sphère d'où émane le principe de la famille.

Droit des choses, ou propriété et *jura in re.*
Obligations.
Droit de la famille appliqué.
Droit des successions.

Maintenant, reste à savoir s'il est possible, s'il est bon de les étudier dans le même ordre; en d'autres termes, si l'ordre naturel dans lequel notre esprit saisit ces institutions est aussi la meilleure classification pour un traité. Ici s'élève une objection capitale. Sans doute il n'est pas impossible de séparer le droit de famille appliqué du droit de famille pur, et d'en faire une subdivision du droit des biens. Mais la réalité vivante des rapports de la famille ressortira bien mieux si, après avoir étudié la famille, nous passons immédiatement aux influences qu'elle exerce sur les biens; et alors il devient nécessaire de placer le droit de la famille après le droit des biens. En effet, sans une exposition complète du droit des choses et des obligations, comment comprendre l'influence de la famille sur les biens? Enfin, le droit des successions est tout à fait inintelligible si on ne lui donne pour base l'exposition complète et détaillée de la famille.. Voici en conséquence la classification la plus simple et la mieux appropriée au but de mon ouvrage :

Droit des choses.
Obligations.
Droit de la famille (pur et appliqué).

Droit des successions.

Le contenu et la classification de mon traité une fois définis, il semble que je devrais passer immédiatement à l'exposition du droit des biens. Mais ici nous nous trouvons en présence d'une partie générale d'une assez vaste étendue. La plupart des auteurs adoptent cette disposition et traitent ordinairement dans la partie générale diverses institutions qui ne trouvent pas de place dans l'ensemble du système. Considérée comme remède extrême, cette méthode a été vivement critiquée; mais ne pourrait-on pas la justifier en principe et poser ainsi les limites véritables de son application?

Si nous voulons exposer d'une manière complète les institutions du droit, c'est-à-dire, saisir l'ensemble vivant de leurs parties constitutives, nous rencontrons nécessairement plusieurs éléments qui se retrouvent dans d'autres institutions, quoique peut-être modifiés. Et d'abord, la nature même des êtres qui sont le sujet du droit, et particulièrement leurs diverses capacités du droit, puis l'origine et la résolution des rapports de droit; enfin, les garanties contre la violation des droits, garanties qui modifient les droits eux-mêmes. Il n'y a en effet aucune institution pour laquelle toutes ces questions ne puissent se poser et ne doivent se résoudre. On pourrait donc les reprendre toutes à propos de chaque institution,

mais l'auteur ne supporterait pas mieux que le lecteur de semblables répétitions. On pourrait encore les épuiser complétement en traitant de la première institution d'après la classification que j'adopte, ce serait la propriété, et, plus tard, renvoyer le lecteur à ces développements ; mais il y aurait encore dans cette méthode arbitraire et manque de proportion. D'ailleurs, le véritable caractère de ces éléments communs à plusieurs institutions ressort bien mieux de leur rapprochement. Toutes ces considérations doivent nous déterminer à traiter à part ces éléments communs avant d'exposer les diverses institutions du droit, ce qui, pour chacune d'elles, nous permettra de rattacher leurs modifications à cette base générale.

Cette méthode peut, il est vrai, nous conduire à montrer sous un faux jour la réalité des choses, en donnant une apparence de généralité à telle institution qui, de sa nature, n'admet qu'une application concrète; si, par exemple, on place dans la partie générale les intérêts et la solidarité, matières qui ne peuvent se rapporter qu'aux obligations. Mais s'il est rare de commettre une semblable méprise, on peut aisément faire figurer dans l'exposition générale des principes spéciaux, et cette altération de leur caractère véritable, difficile à saisir, peut aisément devenir une source d'erreurs. On doit donc éviter avec

le plus grand soin de donner à une doctrine spéciale une apparence de généralité, et de confondre ainsi les limites qui séparent ces deux ordres de matières. L'esprit d'abstraction mal dirigé a été, pour la science du droit, la cause de nombreuses erreurs, et rien ne favorise plus ces vaines tentatives que l'établissement d'une généralité arbitraire et condamnée par la critique. Mais si la crainte de ce danger nous avertit de ne pas donner à la partie générale une extension exagérée, ce serait tomber dans l'excès contraire que de méconnaître la généralité réelle d'une doctrine ou d'un principe. Ici comme ailleurs, c'est au tact à nous diriger entre ces deux écueils.

Peut-être il y aurait eu sur ce point moins d'incertitudes et de controverses, si l'on eût toujours saisi la différence qui existe entre les divers moyens de communiquer la science. Dans un cours d'Institutes il est bon d'arriver le plus promptement possible aux détails, afin d'initier l'auditeur à l'intelligence concrète des institutions. Dans un cours de Pandectes on peut se permettre plus de généralités, sans craindre que l'auditeur ne soit pas en état de s'y intéresser et de les comprendre. Mais un auteur peut s'en permettre encore davantage, car la majorité des lecteurs se serviront de son livre pour reconstruire, contrôler et rectifier des connaissances concrètes antérieurement acquises.

§ LIX. *Des divers systèmes de classification du droit.*

Il n'entre pas dans mon plan d'examiner la manière dont chaque auteur a conçu l'enchaînement des institutions du droit et l'ordre dans lequel il les a présentées. Leur appréciation ressort en partie des principes que j'ai tâché d'établir. Je crois néanmoins devoir signaler une erreur capitale en cette matière. Si l'on veut saisir l'ensemble des rapports de droit tel qu'il fonctionne dans la vie réelle, il ne suffit pas de connaître le contenu de chacun de ces rapports et son action actuelle, il faut encore étudier la marche de leur organisation vivante, c'est-à-dire, outre l'élément persistant, la partie mobile de leur nature, ce qui comprend leur origine, leur dissolution, leurs développements, leurs transformations possibles, et surtout la répression de leur violation. Souvent on a considéré ces différentes phases de la vie organique des rapports de droit comme des droits nouveaux placés sur la même ligne que les rapports originaires, et l'on a cherché quelle place ils doivent occuper dans l'édifice du droit (*a*);

(*a*) Ainsi, on a parlé du droit appartenant à l'homme, d'exprimer sa volonté, de contracter mariage, de s'obliger,

or, une semblable méthode confond toutes les idées.

Quoique je ne veuille pas examiner les diverses classifications du droit, il en est une cependant qui mérite d'être exceptée : je veux parler de la classification suivie dans les Institutes de Justinien. Tant de jurisconsultes ont depuis plusieurs siècles adopté cette classification, du moins en apparence, tant d'ouvrages consacrent son principe, qu'elle a acquis une grande autorité historique ; et si j'en préfère une autre, je dois justifier mon choix, ou du moins en donner les motifs (*b*). Nous savons maintenant que cette classification, attribuée autrefois à Justinien, est celle de Gaius, dont Justinien ne s'écarte jamais, à moins d'y être obligé par un changement survenu dans les matières mêmes du droit. Or, nous avons à envisager cette classification sous un double point de vue, — quant à son origine et au crédit dont elle jouissait, — quant à sa valeur intrinsèque.

d'acquérir la propriété, d'intenter une action, d'agir en restitution, etc.

(*b*) Hugo a traité ce sujet avec prédilection et profondeur dans les écrits suivants : Civ. Magazin, vol. IV, N. I, IX (1812); vol. V, N. XV (1825); vol. VI, Num. XV (1832); Encyclopädie, 8e éd., p. 60-65 (1835). — Parmi les auteurs modernes, je citerai encore Düroi, Archiv für civilist. Praxis, vol. VI, p. 432-440.

Relativement au premier point, son caractère historique; on a souvent prétendu, ou du moins admis implicitement, que chez les Romains c'était une coutume fort ancienne de rapporter les règles du droit à trois classes d'objets, *persona*, *res*, *actio* (c), et qu'ainsi les jurisconsultes romains avaient tous, ou presque tous, suivi cette division dans leurs traités (d). En effet, le droit romain nous offre certains types d'idées dont l'empire et l'ancienneté sont attestés par une phraséologie constante et uniforme. Je citerai, par exemple, *vis*, *clam*, *precario*, les trois espèces de dépendances, *potestas*, *manus*, *mancipium*, les trois *capitis deminutiones*, les trois classes de personnes, *cives*, *latini*, *peregrini*. On ne saurait douter que ces idées n'eussent de profondes racines dans l'esprit de la nation, et n'aient

(c) C'est ainsi qu'il faut entendre cette division, car on lit dans Gaius, I, § 8 : « Omne *jus quo utimur* vel ad personas « pertinet, vel ad res, vel ad actiones. » Ce qui s'accorde avec le § 1 : « Populus itaque Romanus partim suo proprio, « partim communi omnium hominum *jure utitur*. » *Persona*, *res*, *actio*, sont donc pour Gaius l'objet des règles mêmes du droit, ou, suivant une phraséologie bien connue, une division du droit objectif, non du droit subjectif.

(d) Hugo pensa d'abord que cette division était commune à tous les ouvrages des jurisconsultes romains portant le titre d'*Institutiones*; plus tard, il a regardé ce point comme douteux, Civil. Magazin, vol. V, p. 403, 404, vol. VI, p. 286, 287, 337.

réagi sur la théorie du droit. On pourrait attribuer une ancienneté et une autorité semblables à cette division *persona, res, actio,* et sa liaison avec le contenu du droit romain aurait alors une importance incontestable. Il s'agit uniquement de savoir si cette hypothèse est fondée en réalité. Or, pas un seul fait historique ne vient à son appui, et diverses circonstances semblent la contredire : ainsi, Gaius lui-même, dans un ouvrage du même genre, les *res quotidianæ,* avait adopté une division différente, et les Institutes de Florentinus, où, d'après le titre, on s'attendrait à retrouver le plan des Institutes de Gaius, offrent une autre classification (*e*). Nous n'avons donc aucuns motifs de regarder la division de Gaius comme généralement reçue, nous devons plutôt la regarder comme une idée particulière individuelle de ce jurisconsulte, et dès lors disparaît l'importance historique que l'on a voulu lui attribuer (*f*).

(*e*) Göschen (Zeitsch. f. gesch. Rechtsw., vol. I, p. 74-76).

(*f*) Hugo, Civil. Magazin, vol. V, p. 417, vol. VI, p. 284, pour donner à cette division une ancienne origine historique, prend une autre voie. Il dit qu'il faut la rapporter, non à la science du droit, mais à un principe philosophique adopté par les jurisconsultes, d'après un écrivain qui n'était pas jurisconsulte. Indépendamment de son caractère purement hypothétique, cette explication serait plutôt contraire que favorable à ceux qui regardent cette division comme commune

Il s'agit maintenant d'apprécier le mérite intrinsèque de cette division. Et d'abord il convient d'en préciser le sens véritable ; or, sur ce point, les jurisconsultes modernes sont beaucoup moins d'accord qu'on ne pourrait le croire.

Qu'est-ce que contient la première partie *de personis ?* Plusieurs auteurs pensent qu'elle embrasse la doctrine du *status*, et, d'après le sens qu'ils donnent à cette expression, les principaux états des personnes considérées comme sujets du droit, c'est-à-dire, en général, la doctrine des sujets du droit. Puis, ils divisent ces états en naturels et civils ; les états naturels sont l'âge, la santé, etc. ; les états civils se rapportent aux conditions requises pour la capacité du droit, la liberté, le droit de cité, le fait d'être *sui juris ;* on les appelle encore *status principales*. Or, les *status* ainsi définis ne se trouvent évidemment pas dans le premier livre de Gaius et de Justinien. Reste seulement à supposer qu'on a rectifié et complété la classification de Justinien, mais une pareille supposition rend fort incertaine, du moins quant au premier livre, l'application de ce point de vue historique. L'opinion de Hugo est plus logique et mieux précisée. Il

à tous les jurisconsultes romains. En effet, on comprend qu'un auteur adopte une idée fortuite étrangère à la science du droit, mais on ne comprend guère que tous les jurisconsultes s'accordent pour l'adopter.

dit que la première partie (*de personis*) renferme la doctrine de la capacité du droit, et pose les trois conditions auxquelles répond la triple *capitis deminutio* (*g*). Mais le contenu réel du premier livre de Gaius et de Justinien repousse cette supposition. En effet, la troisième *divisio*, consacrée à la tutelle, n'a rien de commun avec la capacité du droit, car la tutelle ne se rapporte nullement au défaut de capacité ou aux moyens d'y suppléer (*h*). Ensuite, pour compléter les trois conditions fondamentales de la capacité du droit, manquerait la distinction entre les *cives*, *latini*, *peregrini* (*i*). Or, le premier livre des Ins-

(*g*) Civil. Magazin, vol. IV, p.20-21, 235-237.—D'autres, par ex. Mühlenbruch, I, § 78, cherchent un moyen terme, et ils disent que le droit des personnes embrasse à la fois le *status* et les rapports de famille. Mais cette réunion de deux objets entre lesquels n'existe aucun lien nécessaire, est en elle-même fort suspecte. — Düroi, Archiv., vol. VI, p. 437, dit que *status* et *conditio* expriment certaines distinctions importantes, mais qui, dans la réalité, n'ont pas de caractères communs. Attribuer aux jurisconsultes romains tant de légèreté et d'arbitraire, c'est assurément leur faire peu d'honneur. Düroi compte parmi ces distinctions celle des *cives, latini, peregrini*, qui, néanmoins, ne figure pas comme telle dans le premier livre de Gaius et dans le premier livre des Institutes.

(*h*) La tutelle n'a d'autre objet que de suppléer à l'incapacité d'agir. C'est ainsi que Hugo lui-même la représente, Rechtsgeschichte, p. 120, 11[e] édition.

(*i*) On a souvent été induit en erreur sur ce point impor-

titutes contenant évidemment plus et évidemment moins que ne le comporte le système de Hugo, ce système me semble tout à fait inadmissible.

Si l'on examine plus attentivement ce que contient en réalité le premier livre des Institutes, on voit qu'il contient à peu près ce que j'ai appelé le droit de la famille; car voici les matières dont il traite : le mariage, la puissance paternelle, la *manus*, l'esclavage, le patronage (c'est-à-dire, les affranchis et leurs différentes classes), le

tant, parce que plusieurs fois Gaius, à l'occasion d'autres institutions, reproduit en passant cette division des personnes, notamment au sujet du *connubium* (I, § 56), au sujet de la *causæ probatio* (I, § 66, sq.), au sujet du testament militaire (II, § 110), et avec plus d'extension, au sujet du patronage, lorsqu'il parle des trois classes d'affranchis et du droit particulier à chacune de ces classes (I, § 12, sq.). Ici on pourrait croire que Gaius a voulu définir cette division des personnes; mais il ne fait tout au plus qu'indiquer une application particulière de cette division générale. Dire que du temps de Gaius cette application était la plus importante, serait évidemment se tromper. Les millions de *peregrini*, libres de naissance, qui habitaient les provinces, avaient certainement plus d'importance que les *dedititii*; d'ailleurs, les Latins nés libres devaient être aussi fort nombreux, car la latinité accordée par Vespasien à l'Espagne entière (Plinius, Hist. nat., III, 4), autant que nous le savons, ne s'est perdue que dans le droit de cité conféré par Caracalla à tous les sujets de l'empire.

mancipium et la tutelle (*k*). D'un autre côté, il ne parle pas des *cives*, *latini*, *peregrini*, malgré l'importance de ces qualités pour la capacité du droit. En effet, cette matière appartient proprement au droit public, quoique au moyen de la capacité du droit elle réagisse aussi sur le droit privé. La parenté, que je regarde comme une branche de la famille, manque seule dans le premier livre des Institutes; mais cette différence est trop légère pour rendre douteuse l'identité des deux points de vue dans sa généralité. D'ailleurs, les rigoristes peuvent toujours retrancher la parenté de l'exposition du droit de la famille chez les Romains, et alors il y aura une concordance parfaite entre le contenu du droit de la famille et celui du premier livre des Institutes (*l*). Si Gaius ne présente pas ces matières dans le même enchaînement et sous le nom de droit de la famille, expression qui n'existait pas dans le langage technique des Romains, il n'y a rien là de

(*k*) On ne peut pas m'objecter que parmi ces institutions, Justinien a omis celles tombées en désuétude; il n'en a certainement pas ajouté.

(*l*) Quand, par une imitation évidente de Gaius et de Justinien, les auteurs modernes ne donnent à la parenté aucune place parmi les institutions de la famille, ils se montrent inconséquents, puisqu'eux-mêmes, en traitant de la *capitis deminutio*, donnent à l'agnation une grande importance. Je reviendrai là-dessus plus bas.

contraire à mon assertion. Elle me semble même indirectement confirmée par le sens de certaines expressions. Ainsi, *status* et *conditio hominum* ne désignent pas un état de l'homme indéterminé, mais sa position spéciale comme individu dans les rapports de famille, comme époux, père, tuteur (§ 54, note *e*). *Jus personarum* a, suivant moi, le même sens, car les jurisconsultes romains emploient cette expression comme synonyme de celles qui précèdent. Ainsi, *jus personarum* ne désigne pas, comme *jus publicum* et *jus privatum*, une partie de la théorie du droit, mais les divers rapports de l'individu avec la famille, ou, pour employer une phraséologie moderne bien connue, *jus personarum* s'applique au droit subjectif non au droit objectif (voy. Appendice n° VI).

La limite des deux autres parties *de rebus* et *de actionibus* est un sujet encore plus controversé (*m*). Les uns disent que les obligations for-

(*m*) Les auteurs modernes les appellent ordinairement *jus rerum* et *jus actionum*, par analogie du *jus personarum*. Cette phraséologie était inconnue aux jurisconsultes romains ; ce serait chose fortuite et indifférente, s'il ne fallait pas la rejeter entièrement comme fondée sur une fausse analogie. L'expression *jus personarum* ne désigne pas une partie du droit, mais une nature de rapports de droit particulière aux personnes. Or, pour les choses et pour les actions, il ne peut être question de semblables rapports.

ment le commencement de la troisième partie, comme introduction aux actions qui dérivent des obligations; les autres placent les obligations à la fin de la première partie, à titre de *res, res incorporales* (*n*).

A l'appui de la première opinion on a surtout invoqué le témoignage de Théophile (*o*), qui effectivement a adopté cette liaison. Le témoignage de Théophile, comme l'un des rédacteurs des Institutes, aurait un grand poids si le plan des Institutes était original; mais comme Justinien l'a emprunté à Gaius, le témoignage de Théophile n'a pas de valeur historique, à moins que l'on ne suppose, et cela sans l'ombre de preuve, que Gaius rattachait les obligations à la troisième partie (*de actionibus*), et que Théophile aurait trouvé ce renseignement dans un ancien jurisconsulte (*p*). Si l'on écarte le témoignage de Théo-

(*n*) Cela est du moins plus conforme à l'esprit du droit romain que la classification suivie dans le Code civil, par exemple, où l'on rattache les obligations à la propriété, parce que la propriété résulte souvent des obligations.

(*o*) Hugo, Civ. Magazin, vol. IV, p. 17, vol. V, p. 399, qui a traité ce sujet de la manière la plus complète dans les divers écrits cités plus haut (note *b*), nous donne sur ce point des renseignements littéraires très-précieux.

(*p*) Hugo, Civ. Magazin, vol. V, p. 404, vol. VI, p. 337. Néanmoins, il reconnaît que Théophile a pu mal comprendre et mal reproduire l'ancienne doctrine, du moins en ce qui touche la manière de rattacher les obligations à la troisième

phile comme insuffisant pour résoudre la question, et que l'on examine la chose en elle-même, voici comme elle nous apparaît :

Les partisans de la première opinion sont obligés de ranger de la manière suivante les objets des trois parties, les personnes, les choses et les obligations avec les actes dont elles résultent (*q*). Alors la troisième partie aurait pour objet spécial le droit des obligations auquel les actions se rattacheraient comme appendice ou complément. Mais cela n'est nullement en harmonie et serait hors de proportion avec l'espace consacré à la matière des actions. Cela serait en outre contraire aux principes de Gaius qui indique les actions, non les obligations, comme objet de la troisième partie, et c'est ainsi que l'entend Théophile quand il place les obligations comme introduction aux actions. Je tiens donc pour plus vraisemblable l'opinion de ceux qui rangent dans la seconde partie (*de rebus*) ce que j'appelle le droit des biens (le droit des choses et le droit des obligations), et regardent la troisième partie comme uniquement consacrée à exposer les actions ou la poursuite des droits. Gaius aurait pu faire un livre pour chacune de ces parties, mais

partie, et que les rédacteurs des Institutes ont pu ne pas bien préciser ce point (Encyclopädie, p. 63).

(*q*) Hugo, Civil. Magazin, vol. IV, p. 49, vol. V, p. 417. Encyclopädie, p. 60, 61.

la seconde étant aussi étendue que les deux autres ensemble, il préféra de diviser son ouvrage en quatre livres, et d'en consacrer deux à la seconde partie.—Au reste, ce débat sur la place que doivent occuper les obligations a, pour la classification générale du droit, moins d'importance qu'on ne le croit communément. En effet, on reconnaît que Gaius traite sans interruption toutes les matières du droit des biens; on reconnaît également que la troisième partie comprend le droit des actions et plusieurs matières du droit de la procédure; la question se réduit donc à savoir si la seconde partie (*de rebus*) embrasse tout le droit des biens, dont les obligations seraient le dernier chapitre, ou si elles rentrent dans la troisième partie (*de actionibus*), dont elles seraient l'introduction.

Si nous venons maintenant à examiner le mérite intrinsèque de cette classification, nous la trouverons, dans son ensemble général, conforme à la réalité des choses, mais peu satisfaisante dans le détail de ses applications. Elle assigne à diverses institutions capitales une place trop secondaire; ainsi le mariage ne figure que comme l'origine de la puissance paternelle, et néanmoins le mariage en lui-même doit être formellement reconnu; ainsi encore le droit de succession est littéralement représenté comme moyen d'acquérir la propriété, tandis que le droit

de succession peut très-bien s'appliquer là où il n'y a pas de propriété à transmettre. Ces défauts tiennent surtout à l'abus de la forme logique des DIVISIONES, abus qui a conduit l'auteur à plus d'une transition forcée (*r*). Mais ces imperfections dans la forme n'ont pas influé sur le fond même de l'ouvrage, et tout ami de la science doit reconnaître la richesse de ses matériaux et l'émi-

(*r*) Ainsi, par exemple, la première partie renferme trois *divisiones*, dont la troisième est ainsi conçue : Tous les hommes sont en tutelle ou hors de tutelle; c'est pourquoi nous allons maintenant nous occuper de la tutelle. On pourrait appliquer ce moyen d'introduction au contrat de vente, et dire : Tous les hommes ont fait des contrats de vente ou n'en ont fait aucun; ou bien encore : Tous les contrats sont des contrats de vente ou des contrats d'une autre nature; c'est pourquoi nous allons maintenant nous occuper du contrat de vente. — De là aussi la singularité de voir figurer les esclaves dans la première, puis dans la seconde division, sans qu'aucun nouveau principe de droit justifie ce procédé. La première mention n'est qu'apparente et sert uniquement de transition pour arriver aux différentes classes d'affranchis, et ainsi aux rapports résultant du patronage; en d'autres termes, la division des *liberi* et des *servi* n'est là que pour motiver la subdivision des *ingenui* et des *libertini*, seul objet que l'auteur eût en vue dans ce passage. On a cherché à défendre cette double mention des esclaves, en disant que le premier texte de Gaius s'applique à la *potestas*, le second au *dominium in servos*. Mais cela est évidemment inexact. La matière traitée dans le premier texte ne concerne nullement les esclaves considérés en eux-mêmes.

nence de son mérite. Cependant aucun motif ne nous oblige à imiter servilement des défauts reconnus, et nous pouvons, sans présomption, sans orgueil, tenter de mettre en œuvre les matériaux historiques du droit romain d'une manière rationnelle, et les présenter sous une autre forme que celle adoptée par Gaius. D'ailleurs ses deux divisions principales, le droit de la famille et le droit des biens, se retrouvent dans ma classification, et je n'abandonne sa méthode que pour mieux préciser la subdivision des matières (*s*).

Je ne dois pas non plus oublier d'avertir que souvent on attache une importance exagérée aux formes de l'exposition scientifique. Ces formes ne sont pas indifférentes, seulement il faut ne

(*s*) Hugo lui-même, malgré son admiration pour cette classification, à laquelle il attribue une autorité traditionnelle qui ne me semble pas justifiée historiquement, reconnaît que, d'après les principes généraux du droit, et surtout d'après les besoins des temps modernes, il conviendrait d'adopter une classification autre que celle des Institutes, et celle qu'il propose s'accorde, en général, avec la mienne. Civil. Mag., vol. V, p. 397, vol. VI, p. 284-287. — La diversité d'opinions existant entre nous est, au fond, beaucoup moins grande qu'on ne le croirait au premier abord, et je me plais à reconnaître que l'idée première de ma classification m'a été fournie par les Institutes de Hugo (Berlin, 1789), idée que j'ai cherché à développer et à approfondir par moi-même.

pas se faire illusion sur ce qu'elles ont vraiment d'essentiel. Lorsqu'une exposition dogmatique du droit détruit l'unité réelle des institutions, réunit des éléments tout à fait distincts, bouleverse l'harmonie des institutions, et altère par cette confusion leur valeur respective, la méthode est alors essentiellement vicieuse, parce qu'elle obscurcit le sujet lui-même, et devient un obstacle à son intelligence. Mais si l'auteur a su éviter ce danger, on doit juger avec indulgence le plan de son ouvrage, quand même on pourrait y signaler quelques imperfections. C'est au nom de cette juste tolérance que nous avons relevé les défauts de Gaius sans lui refuser notre admiration ; et de nos jours aussi, en vertu du même principe, plusieurs systèmes de classification peuvent vivre en bonne intelligence, quelle que soit, au premier abord, la diversité de leurs caractères. La tolérance que je recommande ici n'est donc pas de l'indifférence pour une imperfection, mais un hommage rendu à l'indépendance de l'esprit humain dans son développement individuel, indépendance sans laquelle il n'y a pas pour la science de véritable vie.

Je mentionnerai encore un principe général contenu dans les sources du droit, et qui semble au premier aspect susceptible de servir de base à une classification du droit. Je le place ici en forme d'appendice, parce qu'aucun auteur

moderne ne s'en est servi dans ce but; je veux parler des trois *juris præcepta* ainsi définis par Ulpien : « *Juris præcepta sunt hæc : honeste vivere, neminem lædere, suum cuique tribuere* » (*t*). *Honeste vivere*, c'est le maintien de la dignité morale de l'individu, quant à ses actes extérieurs; *neminem lædere*, c'est le respect des autres hommes en tant que personnes, ou la reconnaissance des droits appelés originels; enfin *suum cuique tribuere* est la reconnaissance de tous les droits acquis de nos semblables (*u*). Or sont-ce là effectivement des règles de droit, comme les expressions d'Ulpien peuvent le donner à entendre? Quoique ces préceptes, à l'exception du premier, paraissent des règles de droit, ce ne sont, en réalité, que des principes de morale propres à fonder des règles de droit. Ainsi le troisième précepte est évidemment la loi morale

(*t*) L. 10, § 1, de just. et jure (I, 1), § 3, J. eod. (I, 1).

(*u*) Plusieurs auteurs ont dit que le second *præceptum* s'applique aux personnes et le troisième aux biens; mais cela n'est nullement exact. Le respect dû au mariage et à la puissance paternelle d'autrui est ordonné par le troisième précepte, et n'a nul rapport aux biens, et la défense de l'homicide fait partie du second — Burchardi, Grundzüge des Rechtssystems, § 42 sq., explique les trois préceptes à sa manière; il dit que le premier répond au *jus publicum*, le second au *jus privatum*, le troisième au droit mixte des actions. Cf. § 16, *o*.

de la justice, qui est identique à l'ensemble des droits acquis pour son action et son contenu (*v*). On voit également que parmi les règles du droit les plus importantes, plusieurs dérivent du second précepte. Enfin le premier précepte où ce caractère semble surtout douteux, n'en est pas moins la source de plus d'une règle de droit, c'est donc un véritable *juris præceptum* dans le sens que l'entend Ulpien. En effet, de ce principe découlent toutes les lois protectrices des *boni mores*, répressives du *turpe* (*w*) : à ce principe se rattachent encore les nombreuses règles du droit, qui traitent la sincérité et la loyauté comme des caractères inhérents aux contrats, et ainsi l'influence si étendue exercée par le dol sur les matières du droit privé. On peut dire de ces dernières règles qu'elles appartiennent en même temps au premier et au second précepte, car chacun d'eux, pris isolément, leur sert de justification. Ainsi donc les trois *præcepta* d'Ulpien ne sont pas des règles de droit, mais des

(*v*) Voilà pourquoi on définit ordinairement la *justitia* comme *voluntas jus suum cuique tribuendi*, sans parler des deux premiers *præcepta*. L. 10, pr. de J. et J. (I, 1), L. 31, § 1, depos. (XVI, 3), Cicero, de invent., II, 53, de finibus, V, 23; Auct. ad Herenn., III, 2.

(*w*) De là résulte la nullité des contrats ayant directement ou indirectement pour but un acte immoral, de même que la *condictio ob turpem causam*.

principes généraux propres à fonder pour les règles du droit autant de catégories, mais jamais on ne prendra ces catégories comme base d'une classification du droit.

Si l'on cherche à classer les trois *præcepta* d'après leur essence, il faut mettre en tête le premier comme le plus profond, le plus intime, et comme renfermant le germe des deux autres. Le second a un caractère extérieur, qui se montre encore plus dans le troisième. Aussi ces deux derniers peuvent-ils être observés indépendamment de la moralité de l'agent. Si l'on envisage les trois préceptes quant à leur importance pour le droit, le rapport devient précisément inverse; ainsi le troisième est la source la plus féconde de règles, puis le second, puis le premier, et cela résulte de la nature même du droit appelé à régir les relations extérieures de la vie commune (x).

(x) Weber, Naturliche Verbindlichkeit, § 98, a déjà énoncé la même opinion sur les trois *præcepta*, et montré que ce ne sont pas des règles, mais autant de bases fondamentales des règles de droit; seulement, il s'est contenté de poser ce principe en général, sans en faire l'application à chacun des préceptes.

APPENDICE.

APPENDICE I.

JUS NATURALE, GENTIUM, CIVILE.

(Voy. § XXII, *note s.*)

On trouve chez les jurisconsultes romains deux grandes divisions du droit, considéré par rapport à son origine, l'une bipartie : le droit particulier aux Romains (*civile*), le droit commun à tous les peuples (*gentium* ou *naturale*); l'autre tripartie : le droit particulier aux Romains (*civile*), le droit commun à tous les peuples (*gentium*), le droit commun aux hommes et aux animaux (*naturale*).

Non-seulement je regarde la première de ces divisions comme la seule rationnelle, mais je prétends qu'elle exprime la pensée dominante chez les jurisconsultes romains; la seconde est un essai de classification plus compréhensive, mais qui n'était pas généralement reconnue, et

n'a eu aucune influence sur les doctrines du droit.

Plusieurs textes de Gaius exposent la division bipartie de la manière la plus explicite, et la définition qu'en donne l'introduction de ses Institutes n'admet pas la possibilité d'un troisième membre (*a*). Gaius nous représente le *Jus gentium* comme le droit primitif, droit aussi ancien que l'homme lui-même (*b*), et fondé sur la nature de l'esprit humain, *naturalis ratio* (*c*). Ce droit il l'appelle aussi *Jus naturale*, car lorsqu'il parle des moyens naturels d'acquérir la propriété, il les rapporte indifféremment tantôt au *Jus naturale* (*d*), tantôt à la *naturalis ratio* (*e*). Ce principe que la propriété du sol emporte la propriété des bâtiments, repose à la fois sur le *Jus civile* et sur le *Jus naturale* (*f*). Gaius appelle l'agnation et la cognation des *civilia et naturalia jura* (*g*). Il ne connaît donc évidemment que la division bipartie, et il prend *Jus naturale* comme synonyme de *Jus gentium*.

(*a*) Gaius, I, § 1 (L. 9, de J. et J., I, 1).

(*b*) L. 1, pr. de adqu. rer. dom. (XLI, 1).

(*c*) Gaius, I, § 1, 189; L. 1, pr. de adqu. rer. dom. (XLI, 1).

(*d*) Gaius, II, § 65, 73.

(*e*) Gaius, II, § 66, 69, 79.

(*f*) L. 2, de superfic. (XLIII, 18).

(*g*) Gaius, I, § 158.

Modestin aussi ne reconnaît que deux droits, l'un *civile*, l'autre *naturale* (*h*). Paul suit le même principe, quand il rapporte au *Jus naturale* la prohibition de mariage résultant de la *servilis cognatio* (*i*). De même encore Marcien, Florentinus et Licinius Rufinus emploient comme synonymes et indifféremment les expressions *Jus naturale* et *Jus gentium* (*k*).

La division tripartie est surtout posée en termes explicites dans Ulpien (*l*), puis dans Tryphonin (*m*), puis dans Hermogénien (*n*); elle repose sur cette hypothèse. Il y eut un temps où

(*h*) L. 4, § 2, de grad. (XXXVIII, 10).

(*i*) L. 11, de J. et J. (I, 1); L. 14, § 2, de ritu nupt. (XXIII, 2).

(*k*) L. 2, 3, 4, de div. rer. (I, 8); L. 59, de obl. et act. (XLIV, 7); L. 32, de R. J. (L. 17). De même, Cicéron oppose en général *natura* et *lex*, et il emploie *natura* et *Jus gentium* comme expressions synonymes. Cicero, de off., III, 15.

(*l*) L. 1, § 2, 3, 4; L. 4, L. 6, pr. de J. et J. (I, 1).

(*m*) L. 64, de cond. indeb. (XII, 6), entièrement d'accord avec Ulpien sur l'origine de l'esclavage. Voici un texte moins précis : L. 3, pr. depos. (XVI, 3). « Si tantum naturale et « gentium jus intuemur, » où les mots *naturale et gentium* peuvent s'interpréter par : *naturale id est gentium;* car ici la distinction de deux droits ne serait pas en harmonie avec le principe.

(*n*) L. 5, de J. et J. (I, 1). Le fragment inséré dans le Digeste ne parle que du *Jus gentium;* mais le rapport au *Jus naturale* (nommé sans doute immédiatement avant) est si peu douteux, que l'on doit regarder Hermogénien comme entiè-

les rapports mutuels des hommes n'étaient autres que ceux des animaux, le rapprochement des sexes, la propagation, et l'élève de la progéniture. Vint ensuite une seconde époque où l'État, l'esclavage, la propriété privée, les obligations furent uniformément établis parmi les hommes. Plus tard enfin, des modifications apportées au droit général et des institutions nouvelles formèrent dans chaque État un droit particulier.

Cette division a été critiquée sévèrement comme attribuant aux animaux le droit et la connaissance du droit (*o*). Mais si l'on passe condamnation sur l'impropriété des termes, cette critique semble mal fondée. Tout rapport de droit a pour base une matière donnée, à laquelle s'applique la forme du droit, et que l'on peut abstraire de cette forme. Pour la plupart des rapports de droit, cette matière donnée, par exemple, la propriété, les obligations, n'est pas tellement nécessaire que l'espèce humaine ne pût subsister sans elle. Mais pour ces rapports communs à la nature de l'homme et des animaux, sans eux la durée de l'espèce humaine

rement d'accord avec Ulpien; aussi ai-je tiré de ce fragment une grande partie de mon exposition.

(*o*) L. 1, § 3, de J. et J. (I, 1) : « jus istud..... omnium animalium commune est. » Et plus loin : « videmus etenim « cetera quoque animalia, feras etiam, istius peritia censeri. »

est impossible. Ce n'est donc pas réellement le droit que les jurisconsultes romains attribuent aux animaux, mais la matière du droit, le rapport naturel qui lui sert de base (*p*). Ce point de vue a donc sa vérité et sa valeur, sans pour cela être approprié à une division du droit, et moins encore aux besoins pratiques des Romains. Les jurisconsultes auront sans doute été conduits à cette idée en voyant que certaines institutions communes à tous les peuples devaient être regardées comme plus ou moins naturelles. Ainsi l'on ne saurait méconnaître que l'origine de l'esclavage doit être attribuée à la violence, par conséquent au hasard et à l'arbitraire. Peut-être la division tripartie n'a-t-elle été imaginée qu'en vue de l'esclavage, mais elle ne doit pas moins être rejetée; et d'abord la distinction des rapports plus ou moins naturels est vague et arbitraire, ensuite la division n'atteignant que l'essence générale et indéterminée des institutions, demeure stérile, puisqu'elle ne mène pas à la classification des règles, beaucoup plus importante. La division bipartie, au contraire, en faisant ressortir la nature particulière des règles, s'applique avec fruit à la classification du droit.

(*p*) Donellus, I, 6, défend Ulpien à peu près de la même manière. Il dit qu'Ulpien n'attribue pas aux animaux le rapport de droit, mais quelque chose de semblable. Cela ne justifierait pas la division en elle-même.

On peut montrer en outre que dans le droit romain la division bipartie a toujours le premier rang; ici je pourrais invoquer la majorité des textes cités plus haut, si des circonstances accidentelles qui ont pu déterminer le choix des rédacteurs, n'affaiblissait cet argument. Mais je regarde comme preuve décisive l'influence exercée par cette division sur le système du droit, tandis que là, nous ne trouvons aucune application particulière de la division tripartie. Les institutions du droit et les règles spéciales nous montrent toujours une opposition de deux membres, le second est le *Jus naturale*. Peut-être ne verra-t-on là que de nouveaux témoignages en faveur de la division bipartie, témoignages qui constatent la lutte, et non sa prédominance. Mais Ulpien lui-même, dans une foule de textes, reproduit la division bipartie, preuve évidente qu'il avait posé la division tripartie comme pure spéculation, car jamais il n'essaya d'en faire l'application aux matières importantes du droit. — L'opposition des deux membres de la division, le *Jus civile* et le *Jus naturale*, nous apparaît dans les exemples suivants :

1. Les conditions du mariage tiennent à la *civilis* ou à la *naturalis ratio* (*q*).

2. Il y a deux espèces de parentés, la *civilis*

(*q*) Pr. J. de nupt. (I, 10).

et la *naturalis cognatio*, d'après Ulpien lui-même (*r*).

3. La propriété peut s'acquérir, les obligations peuvent se contracter tantôt *civiliter*, tantôt *naturaliter*, et de là dérive la faculté de se faire représenter par un homme libre (*s*).

4. Ulpien appelle *naturale Jus* le droit du propriétaire du sol sur les bâtiments (*t*).

5. La *possessio* est ou *civilis* ou *naturalis*, encore d'après Ulpien (*u*).

6. L'opposition entre la *civilis* et la *naturalis obligatio*, présentée sous cette forme par Ulpien, est surtout importante (*v*). *Naturalis obligatio* désigne l'obligation fondée sur le *Jus gentium* ; ce sens, évident par lui-même, est formellement exprimé dans plusieurs textes (*w*).

Les rédacteurs des Institutes font en cette

(*r*) L. 4, § 2, de grad. (XXXVIII, 10). (Modestin), § 1, J. de leg. agn. tut. (I, 15); L. 17, § 1, de adopt. (I, 7). (Ulpien).

(*s*) L. 53, de adqu. rer. dom. (XLI, 1). (Modestin).

(*t*) L. 50, ad L. Aquil. (IX, 2).

(*u*) L. 3, § 15, ad exhib. (X, 4); L. 1, § 9, 10, de vi. (XLIII, 16). Ces deux textes sont d'Ulpien.

(*v*) L. 6, § 2, L. 8, § 3, de fidej. (XLVI, 1); L. 14, de Obl. et Act. (XLIV, 7); L. 6, de compens. (XVI, 2); L. 10, de V. S. (L. 16); L. 1, § 7, de pec. const. (XIII, 5). Tous ces textes sont d'Ulpien.

(*w*) L. 84, § 1, de R. J. (L. 17) (Paul). L. 47, de cond. indeb. (XII, 6) (Celsus).

matière preuve d'une grande légèreté; d'abord ils insèrent le texte d'Ulpien sur la division tripartie et l'appliquent à l'esclavage (x). Ensuite, ils insèrent des textes de Gaius, de Marcien et de Florentinus, qui posent la division bipartie ou l'impliquent nécessairement (y). Enfin, ils empruntent un passage de Gaius auquel ils ajoutent : *Jus naturale* est synonyme de *Jus gentium*, ainsi qu'on l'a vu précédemment (z).

De toute cette recherche il résulte qu'on doit regarder la division d'Ulpien comme une théorie individuelle, et celle de Gaius comme un principe du droit romain.

(x) § 4, J. de J. et J. (I, 1); pr. J. de j. nat. (I, 2); pr. J. de Lib. (I, 5).

(y) § 1, 11, J. de j. nat. (I, 2); pr. § 1, 18, J. de div. rer. (II, 1).

(z) § 11, J. de div. rer. (II, 1) : « quarundam enim rerum « dominium nanciscimur jure naturali, quod, sicut diximus, « appellatur jus gentium; quarundam jure civili. »



APPENDICE II.

L. 2, C. QUÆ SIT LONGA CONSUETUDO (VIII, 53).

(Voy. § 25, note *y*.)

Ce rescrit rendu par Constantin en 319, est ainsi conçu : « Consuetudinis ususque longævi non vilis auctoritas est : verum usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem. »

On ne saurait croire combien ce texte a soulevé de difficultés et provoqué d'interprétations différentes. Voici le sens qu'il donne au premier abord : la coutume peut compléter les lois, non les modifier ou les abroger. Mais ce sens est tellement en contradiction avec le témoignage de tous les temps (§ 25) qu'il faut nécessairement en chercher un autre.

D'abord on peut admettre sans hésitation que l'empereur parle ici des coutumes locales, et qu'il ne porte aucune atteinte aux coutumes générales, celle, par exemple, qui abrogeait le second cha-

pitre de la loi Aquilia (*a*). Car l'empereur ne disposait sans doute que pour l'avenir, et de son temps il ne pouvait plus guère s'établir que des coutumes locales. D'ailleurs, l'épithète dédaigneuse *non vilis*, mal appliquée à une coutume fondée sur l'esprit général de la nation, convenait mieux à une coutume locale.

Ensuite la *lex* dont parle ce texte est évidemment une loi impériale. Or il s'agit de savoir quelle était du temps de Constantin l'autorité d'une coutume locale vis-à-vis d'une loi générale de l'empire. Cette loi peut être absolue ou supplétive (§ 16). Si c'est une loi absolue, l'unité de la constitution politique n'admet pas de coutume locale contraire (§ 9), et d'ailleurs, indépendamment de toute loi, une coutume locale ne saurait aller contre l'intérêt général de l'État (*b*) : cet intérêt n'a pas moins de puissance s'il est protégé par une loi absolue ; ainsi donc aucune coutume postérieure, soit d'une ville, soit d'une province, ne peut l'emporter sur une loi de cette nature. Il faut en dire autant d'une coutume antérieure que vainement l'on voudrait défendre en disant que la loi générale ne l'a pas

(*a*) L. 27, § 4, ad L. Aquil. (IX, 2).

(*b*) L. 1, C. Th. de longa consuet. (V, 12) : « *Cum nihil per « causam publicam intervenit*, quæ diu servata sunt permane- « bunt. » On trouve l'application de ce principe faite à un cas particulier, et il est formellement exprimé Nov. 134, C. 1.

expressément abolie. Ainsi, par exemple, aucune coutume locale antérieure ou postérieure ne peut modifier une loi générale sur l'usure (*c*). Le même principe s'applique aux lois particulières. Si donc une semblable loi permettait, par exemple, d'ensevelir les morts dans l'intérieur d'une ville, et que plus tard une loi générale de police eût interdit ces inhumations, toutes les lois particulières se trouvent abrogées de fait, et sans qu'il soit besoin d'une mention expresse (*d*). Quant aux lois supplétives, ces principes cessent d'être applicables. Azon cite comme exemple les coutumes de Modène et de Ravenne qui décident que le bail emphytéotique des biens de l'Église n'est pas résilié par défaut de payement de la rente pendant deux années. Ces coutumes sont valables, car le bailleur pouvait renoncer par contrat à invoquer cette déchéance (*e*).

Voilà la distinction qui règle le conflit entre une loi générale et une coutume locale, non la distinction du droit public et du droit privé. En effet, certaines prescriptions du droit public,

(*c*) L. 26, § 1, C. eod. (IV, 32). La L. 1, pr. de usuris (XXI, 1), ne parle pas du droit coutumier, mais de l'intérêt ordinaire, qui peut-être excédait le taux légal. Le texte ne dit pas comment et sous quelles conditions l'usage peut alors modifier la loi. Cf. Puchta, II, p. 77.

(*d*) L. 3, § 5, de sepulchro viol. (XLVII, 12).

(*e*) Azo Comm. in Cod., in L. 2, cit.

quoique faites en vue de l'ordre général, peuvent, sans inconvénient, souffrir des exceptions particulières. Ainsi la *legis actio*, notamment pour l'émancipation, n'appartenait pas aux magistrats municipaux, excepté dans certaines villes où les magistrats avaient été spécialement investis de ce droit; néanmoins Justinien reconnaît que ce privilége peut s'établir par la coutume (*f*). D'un autre côté, la loi Pompeia ordonnait qu'en Bithynie les sénateurs des municipes fussent pris exclusivement parmi les citoyens de la ville même, non parmi les habitants de la province. Cette prescription ayant été souvent enfreinte, il s'agissait de savoir si les coutumes locales avaient abrogé la loi. Trajan exempta de la prohibition les sénateurs étrangers alors en exercice, mais il ordonna que pour l'avenir la loi serait exécutée sans égard aux coutumes contraires, probablement parce que la loi avait un but politique (*g*).

Ce qui précède s'applique à ces mots du rescrit de Constantin : *consuetudo non vincit legem ;* mais il ajoute : *consuetudo non vincit rationem*, et parmi les nombreuses significations du mot *ratio* il s'agit maintenant de savoir laquelle est ici applicable. Dans plusieurs textes relatifs au

(*f*) L. 4, de adopt. (I, 7); L. 6, C. de emanc. (VIII, 49).
(*g*) Plinius, epist. X, 115, 116.

droit coutumier, *ratio* désigne la conviction commune qui reconnaît la vérité, la nécessité de la règle, c'est-à-dire, le fondement même du droit, dont la coutume n'est que le résultat et le signe (*h*). Tel ne peut être ici le sens du mot *ratio*, car comment concevoir entre cette conviction commune et la coutume un conflit, où la coutume devrait céder? Mais dans d'autres textes on trouve à côté de la *ratio juris*, une *ratio utilitatis* (*i*); or, comme *lex* désigne une loi générale rendue dans l'intérêt de l'État, *ratio* désigne l'intérêt de l'État qui n'est pas protégé par une loi, la *ratio publicæ utilitatis*. Ainsi entendu, le mot *ratio* a un sens plus précis, plus pratique, que si on l'explique par sagesse de la coutume.

Voici dès lors l'interprétation complète du rescrit : les coutumes locales ne peuvent prévaloir contre l'intérêt de l'État, que cet intérêt soit ou non formellement garanti par une loi. Ce rescrit important ne restreint pas l'autorité des coutumes par une disposition positive et arbitraire, il ne fait qu'exprimer le véritable caractère des coutumes locales par rapport à la constitution politique. Peut-être, dira-t-on, que

(*h*) L. 39, de leg. (I, 3); L. 1, C. quæ sit l. c. (VIII, 53). Voy. le traité, § 25, note *d*.

(*i*) L. 1, C. de acquir. et ret. poss. (VII, 32) : « .... tam « *ratione utilitatis* quam *juris* pridem receptum est. » Savigny, Besitz, p. 363, 6e éd.

l'expression générale *lex* embrasse toutes les lois et non pas seulement les lois absolues. Mais le rapprochement des mots *lex* et *ratio*, et plus encore la liaison de ce rescrit avec les principes du droit Justinien, me portent à croire que *lex* doit être pris dans le sens de lois absolues; tel est en effet le caractère général de la législation des empereurs et surtout des innovations de Constantin.

La base de cette interprétation, le rapport du droit coutumier local aux lois générales, se trouve dans Johannes et dans Azon, mais incertaine et accompagnée d'erreurs; Doneau lui donne plus de précision et de clarté (*k*). Placentin a le premier imaginé la distinction depuis si souvent reproduite, que le droit coutumier l'emporte sur la loi dans les républiques et non dans les monarchies (*l*). Les auteurs modernes ont proposé diverses explications arbitraires qui, bornant le rescrit à certains effets de la coutume, le mettent en harmonie avec quelques textes, mais non avec tous (*m*). D'autres s'attachent exclusivement à *sui*

(*k*) Azo Comm. in Cod. in h. L. Accursius ibid. Donellus, L. I, c. 10.

(*l*) Placentinus in Summa Cod. tit. quæ sit longa consu.

(*m*) Ainsi, par exemple, Schweitzer, de desuetudine. Lips. 1801, 8, p. 47-57. (Hübner, Berichtigungen und Zusätze zu Höpfner, p. 167.) — Schweitzer restreint arbitrairement ce texte à la *desuetudo*, opposée à l'*abrogation* par la coutume qui

momento, ils disent qu'une coutume en elle-même ne vaut pas plus que la loi, et réduisent toute la question à une question d'antériorité. Le sens pratique du rescrit serait alors qu'une loi peut certainement abolir une coutume, sans que son caractère de coutume puisse la protéger. Or, Constantin n'a jamais voulu exprimer une vérité aussi triviale (*n*). Enfin, Hofacker entend par *consuetudo*, non pas un droit coutumier, mais un usage matériel et de fait, par exemple, des vols souvent répétés, et il dit que de semblables usages ne peuvent abroger la loi (*o*). Mais attri-

reste permise : il prétend que la *desuetudo* autorisée sous la république, ne l'était pas sous l'empire ; et il invoque à l'appui de cette distinction la L. 32, de leg., et la L. 2, C. quæ sit longa cons. — Hübner pense que ce texte ne s'applique qu'à l'interprétation usuelle erronée ; mais alors ce ne serait pas la loi qui serait vaincue, ce serait l'opinion de celui qui regarde l'interprétation usuelle comme erronée.

(*n*) Hilliger ad Donellum, I, 10, et plus explicitement Averanius, Interpret. Lib. 2, C. 1.

(*o*) Hofacker, I, § 122 : « .... consuetudinem h. l. accipi « pro *consuetudine agendi civium*, quæ.... legi prohibitivæ « obstet. » — Puchta, I, 120 ; II, 58, 211-215, adopte également ce système ; car par *consuetudo* il entend ici une coutume de fait, qui ne doit pas être considérée comme l'expression d'une conviction commune, c'est-à-dire, d'un droit coutumier, là où les principes repoussent une semblable conviction. — Maintenant se présente la question de savoir comment on juge que des actes souvent répétés sont inhabiles à fonder un droit coutumier. Par la manière dont Puchta re-

buer à ces usages une *non vilis auctoritas* serait leur faire trop d'honneur; jamais un délit n'a eu la moindre autorité.

Le droit canon lève ces difficultés d'une manière singulière. Le rescrit de Constantin est inséré textuellement dans le décret (*p*), mais les canonistes n'ignoraient pas les incertitudes que présentait son interprétation, et Grégoire IX essaya de les terminer dans une de ses décrétales par la paraphrase suivante (*q*). « Le *jus naturale* (celui émanant de Dieu même) ne peut être changé par la coutume, non plus que le droit positif (le droit émanant du souverain), à moins que la coutume ne soit sage et confirmée par une longue possession. » Ici on laisse au juge à apprécier la sagesse de la coutume, mais dans le cas seule-

sout cette question (II, p. 114), il arrive en définitive au même résultat que moi. Ici, dans son opinion comme dans la mienne, manquent les conditions nécessaires pour donner à une coutume de fait l'autorité d'un droit coutumier véritable.

(*p*) C. 4, D. XI.

(*q*) C. 11, X, de consuet. (I, 4) : « .... Licet etiam longæ« væ consuetudinis non sit vilis auctoritas : non tamen est « usque adeo valitura, ut vel juri positivo debeat præjudi« cium generare, *nisi fuerit rationabilis*, et legitime sit præs« cripta. » La fin de ce texte n'est que la répétition ou la confirmation de l'idée déjà exprimée par le mot *longævæ;* et sans doute les rédacteurs auraient omis ce développement, s'ils n'eussent jugé convenable de conserver autant que possible les expressions du Code.

ment où la coutume doit modifier une loi. Ce principe, étranger au droit romain, et dont le mérite est très-contestable, n'a été imaginé que pour terminer par une espèce de compromis les discussions des jurisconsultes sur le rescrit de Constantin. — Là il s'agissait de l'autorité d'une coutume vis-à-vis d'une loi antérieure : voici une disposition semblable pour le cas inverse (*r*). Si le pape rend une loi générale, les coutumes locales ou statuts antérieurs ne sont pas abrogés, à moins toutefois que ces coutumes ne soient jugées déraisonnables, ou que la loi même ne les abolisse formellement.

Le droit féodal lombard contient une parodie non moins curieuse du rescrit de Constantin. Un légiste pouvait invoquer un texte de droit romain contraire aux coutumes des fiefs et opposer à la coutume l'autorité de la L. 2 C., quæ sit l. c.; Obertus condamne cette doctrine en parodiant ainsi le texte de la L. 2 : « Legum autem Romanarum non est vilis autoritas, sed non adeo vim suam extendunt, ut usum vincant aut mores (*s*). »

(*r*) C. 1, de constitut. in VI (I, 2) : « ... ipsis, *dum tamen* « *sint rationabilia*, per constitutionem a se noviter editam, « nisi expresse caveatur in ipsa, non intelligitur in aliquo « derogare. »

(*s*) 2, Feud. 1.

FIN.



